



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Over dit boek

Dit is een digitale kopie van een boek dat al generaties lang op bibliotheekplanken heeft gestaan, maar nu zorgvuldig is gescand door Google. Dat doen we omdat we alle boeken ter wereld online beschikbaar willen maken.

Dit boek is zo oud dat het auteursrecht erop is verlopen, zodat het boek nu deel uitmaakt van het publieke domein. Een boek dat tot het publieke domein behoort, is een boek dat nooit onder het auteursrecht is gevallen, of waarvan de wettelijke auteursrechttermijn is verlopen. Het kan per land verschillen of een boek tot het publieke domein behoort. Boeken in het publieke domein zijn een stem uit het verleden. Ze vormen een bron van geschiedenis, cultuur en kennis die anders moeilijk te verkrijgen zou zijn.

Aantekeningen, opmerkingen en andere kanttekeningen die in het origineel stonden, worden weergegeven in dit bestand, als herinnering aan de lange reis die het boek heeft gemaakt van uitgever naar bibliotheek, en uiteindelijk naar u.

Richtlijnen voor gebruik

Google werkt samen met bibliotheken om materiaal uit het publieke domein te digitaliseren, zodat het voor iedereen beschikbaar wordt. Boeken uit het publieke domein behoren toe aan het publiek; wij bewaren ze alleen. Dit is echter een kostbaar proces. Om deze dienst te kunnen blijven leveren, hebben we maatregelen genomen om misbruik door commerciële partijen te voorkomen, zoals het plaatsen van technische beperkingen op automatisch zoeken.

Verder vragen we u het volgende:

- + *Gebruik de bestanden alleen voor niet-commerciële doeleinden* We hebben Zoeken naar boeken met Google ontworpen voor gebruik door individuen. We vragen u deze bestanden alleen te gebruiken voor persoonlijke en niet-commerciële doeleinden.
- + *Voer geen geautomatiseerde zoekopdrachten uit* Stuur geen geautomatiseerde zoekopdrachten naar het systeem van Google. Als u onderzoek doet naar computervertalingen, optische tekenherkenning of andere wetenschapsgebieden waarbij u toegang nodig heeft tot grote hoeveelheden tekst, kunt u contact met ons opnemen. We raden u aan hiervoor materiaal uit het publieke domein te gebruiken, en kunnen u misschien hiermee van dienst zijn.
- + *Laat de eigendomsverklaring staan* Het “watermerk” van Google dat u onder aan elk bestand ziet, dient om mensen informatie over het project te geven, en ze te helpen extra materiaal te vinden met Zoeken naar boeken met Google. Verwijder dit watermerk niet.
- + *Houd u aan de wet* Wat u ook doet, houd er rekening mee dat u er zelf verantwoordelijk voor bent dat alles wat u doet legaal is. U kunt er niet van uitgaan dat wanneer een werk beschikbaar lijkt te zijn voor het publieke domein in de Verenigde Staten, het ook publiek domein is voor gebruikers in andere landen. Of er nog auteursrecht op een boek rust, verschilt per land. We kunnen u niet vertellen wat u in uw geval met een bepaald boek mag doen. Neem niet zomaar aan dat u een boek overal ter wereld op allerlei manieren kunt gebruiken, wanneer het eenmaal in Zoeken naar boeken met Google staat. De wettelijke aansprakelijkheid voor auteursrechten is behoorlijk streng.

Informatie over Zoeken naar boeken met Google

Het doel van Google is om alle informatie wereldwijd toegankelijk en bruikbaar te maken. Zoeken naar boeken met Google helpt lezers boeken uit allerlei landen te ontdekken, en helpt auteurs en uitgevers om een nieuw leespubliek te bereiken. U kunt de volledige tekst van dit boek doorzoeken op het web via <http://books.google.com>



HARVARD LAW LIBRARY

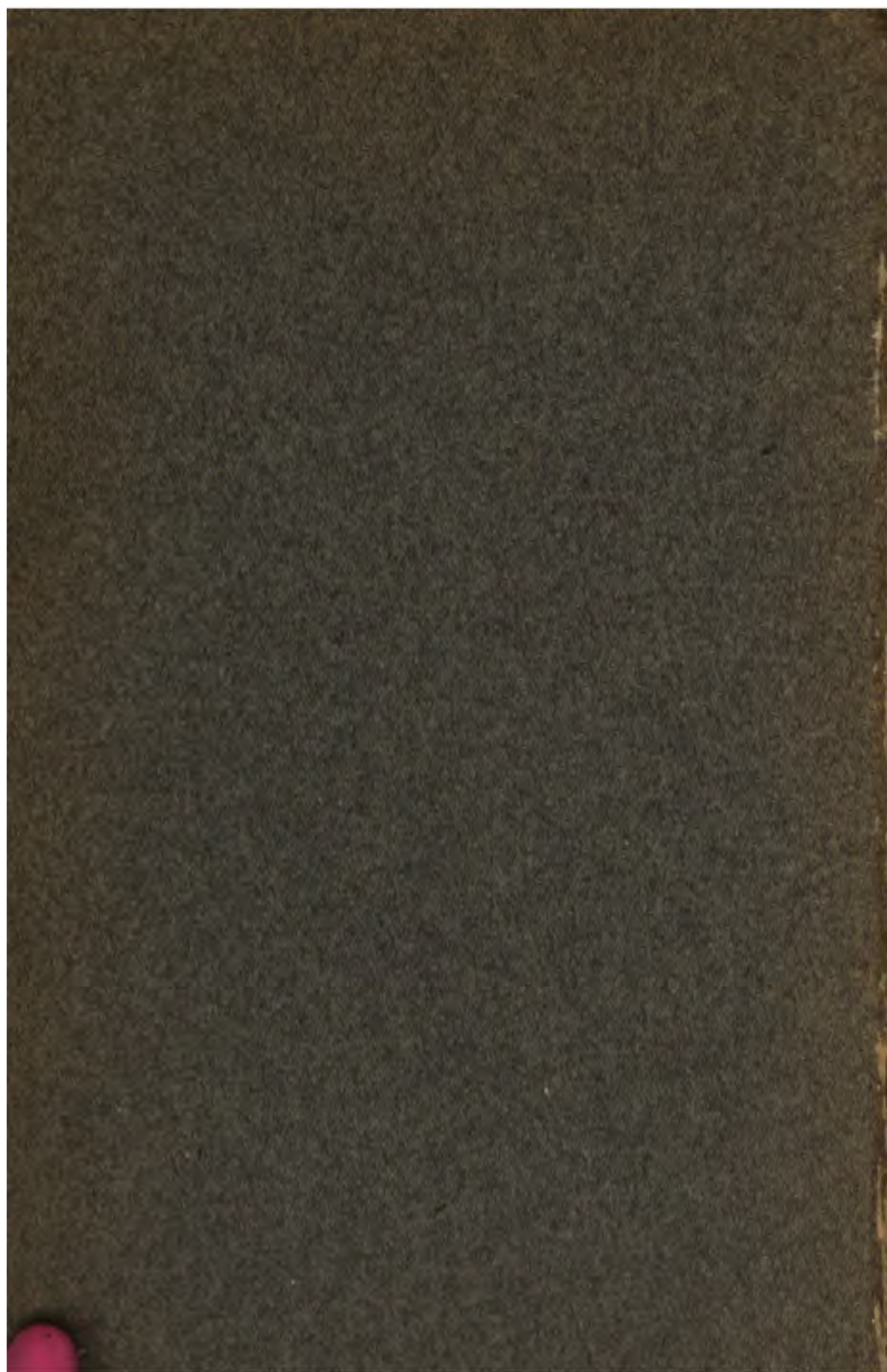
Received JUL 30 1921

W. H. L. L.

Het Rechtsbegrip.

Theoretische Onderzoekingen.

Mr. A. A. H. STRUYCKEN



HET RECHTSBEGRIP.

THEORETISCHE ONDERZOEKINGEN.

.....
Druk van Eduard IJdo. — LEIDEN.
.....

x HET RECHTSBEGRIIP. c

THEORETISCHE ONDERZOEKINGEN.

PROEFSCHRIFT TER VERKRIJGING VAN DEN
 GRAAD VAN DOCTOR IN DE STAATSWETEN-
 SCHAP AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE LEIDEN,
 OP GEZAG VAN DEN RECTOR-MAGNIFICUS
 MR. H. B. GREVEN, HOOGLEERAAR IN DE FACUL-
 TEIT DER RECHTSGELEERDHEID, PUBLIEK TE
 VERDEDIGEN OP DONDERDAG 11 JUNI 1903,
 DES NAMIDDAGS TE VIER UREN, DOOR
 Mr. A. A. H. STRUYCKEN, GEBOREN TE
 DOESBURG. * * * * *

EDUARD IJDO, LEIDEN * * * * MDCCCCIII.

JUL 30 1921

AAN MIJNE VROUW.

INHOUD.

INLEIDING: Rechtsphilosophie en algemeene rechtsleer .	Bladz. I
--	----------

AFDEELING I.

HET RECHT IN OBJECTIEVEN ZIN.

HOOFDSTUK I. Recht en vrijheid	3
HOOFDSTUK II. Mogen en behooren	20
HOOFDSTUK III. Recht en moraal	45

AFDEELING II.

HET RECHT IN SUBJECTIEVEN ZIN.

HOOFDSTUK I. Recht en wil	69
HOOFDSTUK II. Recht en belang	94
HOOFDSTUK III. Bevoegdheid en plicht	119
HOOFDSTUK IV. Onrecht	136
HOOFDSTUK V. Juridische causaliteit	192
HOOFDSTUK VI. Juridisch kunnen	215
HOOFDSTUK VII. Het subjectieve vermogensrecht . . .	231

VOORWOORD.

Vaststelling van karakter en beteekenis der *subjectieve publieke rechten* was aanvankelijk het doel der onderzoekingen, waaraan de volgende bladzijden het ontstaan danken. De luchtigheid eenerzijds, waarmede vele schrijvers met deze rechtsfiguur omspringen, hare groote beteekenis anderzijds voor rechtspraktijk, rechtswetenschap en rechtsontwikkeling, waren voldoende grond voor de opzettelijke behandeling van dit leerstuk, hier te lande vrijwel verwaarloosd. De wensch, aan de vele oppervlakkige vertoogen er niet nog een toe te voegen, leidde tot een onderzoek naar den rechtskundigen inhoud van *het subjectieve recht* in 't algemeen, hetwelk op zijne beurt niet mogelijk bleek zonder analyse van den formeelen inhoud van het *rechtsbegrip* zelf. In den aanvang middel, werd dit onderzoek voorloopig doel; het bleek meer te omvatten dan aanvankelijk werd vermoed en het resultaat ervan wordt daarom reeds thans als afzonderlijk geheel in het licht gezonden.

De stof is verdeeld in twee afdeelingen. De eerste handelt over *het recht in objectieven zin*. Uit de verhouding van het recht tot 's menschen natuurlijke vrijheid, het karakter, dat de menschelijke handelingen aan de rechtsorde ontleenen, wordt in de beide eerste hoofdstukken de algemeene verschijningsvorm van den rechtsregel afgeleid, waaraan zich in het derde hoofdstuk de formeele begrenzing van de rechts-

normen tegenover andere gedragsregelen, in het bijzonder die der moraal, aansluit. De tweede afdeeling behandelt *het recht in subjectieven zin*. In de beide eerste hoofdstukken wordt een critisch-historisch overzicht gegeven van de literatuur over het subjectieve recht, verdeeld naar de beide hoofdstroomingen, gewoonlijk als het »wilsdogma» en het »belangendogma» aangeduid. In het derde hoofdstuk wordt nagegaan, welk subjectief correlaat aan den in de eerste afdeeling beschreven vorm van den objectieven rechtsregel beantwoordt, terwijl in het vierde hoofdstuk het karakter der beide primaire subjectieve rechtsvormen — de bevoegdheid en den plicht — nader in de bespreking van de verschillende soorten *onrecht* wordt uiteengezet. Naast die beide primaire subjectieve rechtsvormen eischte het juridisch »kunnen», dat zich eensdeels deed kennen als *afgeleide* rechtsvorm, en anderdeels tegelijk zelfstandigheid tegenover de beide andere vormen scheen te bezitten, afzonderlijke behandeling. Daaraan diende een onderzoek naar de causaliteitscategorie in het rechtsleven vooraf te gaan, daar in het »kunnen» het vermogen van den mensch in de rechtswereld causaal te zijn, te voorschijn treedt. De resultaten van dat onderzoek zijn in het 5^e hoofdstuk neergelegd. In het laatste hoofdstuk eindelijk wordt het subjectieve recht van het gewone spraakgebruik behandeld; ik beperkte mij daar tot die subjectieve rechten, waaromtrent een constant spraakgebruik valt waar te nemen, n. l. de subjectieve vermogensrechten. Tevens heb ik daar getracht, de methode aan te geven, volgens welke tot een juist inzicht in het wezen der subjectieve rechtsvormen van het publieke recht is te geraken. Eene analyse van het staats- en overheidsbegrip behoort evenwel daaraan vooraf te gaan.

INLEIDING.

Rechtsphilosophie en algemeene rechtsleer.

De vraag naar het wezen van het objectieve recht kan in tweeërlei zin zijn bedoeld: vooreerst als de vraag naar het »waarom«, het doel der rechtsorde, als de doorgronding en alzijdige begrenzing der rechtsidee, — maar dan als de vraag naar het »hoe«, de gedaante van het concrete recht, als de herkenning en juiste beschrijving van zijn algemeenen verschijningsvorm. Het eerste onderzoek heeft den mensch tot voorwerp met zijn bewustzijn van een rechtsideaal, dat hij sinds eeuwen tracht in heldere trekken zich voor den geest te stellen, zonder daarin ooit te slagen; het andere onderzoek daarentegen vat de concrete rechtsstof in het oog, waarin de menschheid heeft getracht de rechtsidee te verwezenlijken; het poogt hieruit door logische analyse, door alle toevallige en samengestelde verschijningsvormen heen, het oorspronkelijk, niet verder te herleiden type van den rechtsregel te ontdekken, als de onmisbare basis van een logisch schema van algemeene en bijzondere begrippen. Of deze beide vormen van onderzoek heenduiden op twee verschillende wetenschappen, de *rechtsphilosophie* en de *algemeene rechtsleer* dan wel of

de rechtsphilosophie beide omvat, worde in het midden gelaten — de litteratuur gaat in de richting eener steeds scherper getrokken scheiding voort —, mits slechts worde erkend, dat beide methoden naast elkander voor de rechtsbeoefening onmisbaar zijn, eensdeels wijl filosofisch denken en redeneeren een redelijk begrippenschema niet kan missen, zonder gevaar te loopen telkens in begrips- en spraakverwarring te ontaarden, anderdeels wijl de logische analyse en reconstructie wel kan ordenen en opbouwen, maar toch in laatste instantie ter herkenning der te bewerken stof zelve den toetssteen mist en dezen heeft te ontleenen aan den inhoud der rechtsidee.¹⁾ Waar dus als het einddoel der rechtsphilosophie het bepalen van den inhoud der rechtsidee wordt gesteld, moet als basis voor de algemeene rechtsleer de logisch primitieve vorm harer verschijning worden gezocht²⁾. Als eene critische bespreking van hetgeen de litteratuur daaromtrent biedt, volgt dit laatste onderzoek in de eerste afdeeling.

¹⁾ Cf. R. STAMMLER, Die Lehre von dem richtigen Rechte, pag. 34 v.

²⁾ Zie over het verband tusschen rechtsphilosophie en algemeene rechtsleer: de polemiek tusschen A. MERKEL en SCHÜTZE in GRÜNHUT's Zeitschrift I, pag. 1—10 en 402—421; VI, pag. 1—26; A. MERKEL in HOLTZ. Encycl., (5^e druk) pag. 89 v.; Mr. E. M. MEYERS, Dogmatische Rechtswetenschap, 1903, pag. 18, 36 v., 203.

AFDEELING I.

Het recht in objectieven zin.

HOOFDSTUK I.

Recht en vrijheid.

§ 1.

Hoe verhoudt zich het recht tegenover 's menschen *natuurlijke vrijheid*? In dezen vorm wordt de vraag naar de formeele natuur van het recht in den regel gesteld. Een onderzoek naar de juistheid dezer probleemstelling ga vooraf.

Voor de herkomst van het tegenwoordige gebruik der uitdrukking »natuurlijke vrijheid» schijnt men tot het natuurrecht te moeten teruggaan. Ze werd door die school gebezigd als gelijkbeteekenend met »status naturae», om dien toestand aan te duiden, waarin de menschen naast elkander leefden zonder onderworpen te zijn aan eene positieve rechtsorde: door den een werd die toestand beschouwd als historisch uitgangspunt, door den ander alleen als logische abstractie. Om uit dien op den duur onhoudbaren toestand te geraken werd aangenomen, dat een of meer »pacta» waren gesloten, waarbij de oorspronkelijk vrije mensch van zijne vrijheid geheel of ten deele afstand deed ten behoeve van de eene of andere autoriteit; minst genomen werd

zulk een verdrag als logisch postulaat gesteld om de positieve rechtsorde te verklaren en tevens haren mogelijken inhoud vast te stellen. Van iets afstand doen kan evenwel slechts hij, die datgene wat hij afstaat, als het *zijne*, dus als zijn *recht* bezit: vandaar de noodzakelijkheid, de oorspronkelijke vrijheid zelve reeds als *recht* op te vatten. Rechtsens werd dus de natuurstaat onbestaanbaar geacht, en toch zocht men daarin den rechtsgrond der geordende samenleving.

In deze eigenaardige beschouwingswijze lag de kiem opgesloten voor eene onoplosbare controvers, die de natuurrechtsleeraars voortdurend hield verdeeld, niet zelden hen met zich zelve in tegenspraak bracht: de vraag namelijk naar het al of niet bestaan van het z. g. *jus permissivum* naast het *jus praeceptivum*. Immers, van den eenen kant verscheen de vrijheid als recht — als het primaire, dat door de rechtsorde alleen kon worden *beperkt* door gebod en verbod, van den anderen kant was het juist de overheid, uit het onderwerpingsverdrag geboren, die in hare wetgeving den burger zijne rechten *toekende* en *waarborgde* — geheel of ten deele, naar gelang hij zijne geheele vrijheid of slechts een deel ervan had prijsgegeven. Zoo zien we H. DE GROOT in Lib. I, Cap. I, § 9, De Jure Belli ac Pacis, aan de »permissio» het rechtskarakter ontzeggen: »permissio autem proprie non est legis actio, sed actionis negatio» daarentegen in § 17 scherp onderscheiden tusschen de »praecepta legis» en de »permissiones legis» en deze laatste niet bedoeld als eenvoudige »impedimenti remotio», maar als het recht toekennende, »ad aliquid omnino licite agen-

dum.» ¹⁾ Zijne meest bekende commentatoren H. COCCEJUS en BARBEYRACIUS trekken scherp tegen de eerst geciteerde plaats te velde ter verdediging van het »jus permissivum, quo jus agendi datum est», naast het »jus praeceptivum, quo facultas a natura data ligatur.» ²⁾ Bij PUFENDORF herhaalt zich hetzelfde verschijnsel: nadat hij in Lib. I, Cap. VI, § 15, De Jure Naturae et Gentium, uitvoerig het zelfstandig karakter van het »jus permissivum» heeft bestreden, voert hij in Cap. VII § 3 als eigenaardigheid van de zedewet in tegenstelling van het recht aan, dat de eerste alleen bestaat uit »leges necessitantes, non permittentes». Ook hij wordt door zijn commentator MASCOVIUS bestreden en op de innerlijke tegenspraak in zijn gedachtengang gewezen. ³⁾ De jongere COCCEJUS volgde aanvankelijk zijn vader, maar verklaart zich reeds in de tweede editie van zijn »Jus Civile Controversum» bekeerd tot de vroeger bestreden meening: »jus permissivum non dari posse.» ⁴⁾ Tot deze slotsom komt ook PUFENDORF's groote volgeling CHR. THOMASIUS: »in stricto significatu legis virtus immediata est praecipere et vetare; permissio non est legis actio, quia qui permittit, non praescribit normam», ⁵⁾ in

¹⁾ Vergelijk ook Lib. II, Cap. III, § 5, waar van het occupatierecht wordt gezegd: »Est enim hoc jus ex jure naturae permittente, non praecipiente.»

²⁾ Zie hunne commentaren l. c.

³⁾ Zie zijn commentaar l. c. en Lib. II, Cap. III, § 24, 2.

⁴⁾ SAM. DE COCCEJ, HENR. FIL., Jus Civile Controversum, Lib. I, Tit. I, Qu. 8. Zie ook zijne Dissert. Prooemial. ad Grot. X § 5, § 21.

⁵⁾ Fund. Iuris Nat. et Gent., Lib. I, Cap. V, § 4 en 6. In § 7 ver-

strijd evenwel met de onderscheiding, die hij elders maakt tusschen de »*permissio facti*», »*quae nimirum solam impedimenti remotionem notat, nullum vero juris effectum operatur, nec licentiam producit*» en de »*permissio juris*», »*quae vel securitatem in conscientia, vel liberationem saltem a poena, hoc est, vel licentiam plenam, vel minus plenam affert*». ¹⁾

Ook KANT, voor wien het recht is »der Inbegriff der Bedingungen unter denen die Willkür des Einen mit der Willkür des Anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann», ²⁾ bestrijdt het zelfstandig karakter van het rechtelijk *mogen*, wijl de wet, als logische bestaansvoorwaarde voor de gelijke vrijheid eener groep te zamen levende menschen, alleen de oorspronkelijk ongebonden vrijheid heeft te beperken. Slechts door gebod en verbod, als uitdrukkingen »praktischer Nothwendigkeit» wordt dit doel bereikt: de »Erlaubniss» dwingt tot niets, geeft slechts eene praktische »Zufälligkeit» te kennen; eene logische fout acht KANT het, dit rechtens onverschillige met het rechtens noodzakelijke onder één zelfde begrip »wet» te zamen te brengen. In eene systematische indeeling van het recht vindt hij voor de »*lex permissiva*» geen plaats dan als beperkende bepaling van het wettelijk verbod, waarvan hij het betreurt, dat ze niet steeds in het verbod zelf als zoodanig wordt opgenomen, maar dikwijls zelf-

wijst hij ten slotte de controvers »*de lege praecipiente et permittente*» tot de logomachie.

¹⁾ *Institutiones Jurisprudentiae divinae*, Lib. I, Cap. I, § 149.

²⁾ *Einleitung in die Rechtslehre*, § 13.

standig als uitzondering daarnaast wordt gerangschikt ¹⁾).

Hoe duidelijk KANT hier ook in de oude twistvraag partij kiest, de verwantschap zijner leer met het oude natuurrecht kon niet missen, de besproken tegenstrijdigheid ook bij hem te doen te voorschijn treden. Immers, ook KANT acht het verdrag den eenig denkbaren vorm, waarin eene rechtens geordende samenleving kan tot stand komen — een verdrag, waarbij ieder zich verbindt, zijne vrijheid ten behoeve van ieder ander te beperken. Nu is het duidelijk, dat van *rechten* slechts kan worden gesproken na het tot stand komen van dit verdrag, wijl de eisch tot eerbiediging van mijn recht door mijne medemenschen niet uit mijn wil alleen, maar slechts uit den vereenigden wil van allen kan voortspruiten; ²⁾ van den anderen kant evenwel was de substantie van het recht, de vrijheid, ontleend aan den natuurstaat, schiep de burgerlijke maatschappij dus niet het recht zelf, maar slechts zijne garantie ³⁾; met andere woorden wordt dus de »lex permissiva» tegelijkertijd erkend en geloochend. Dat KANT zelf de tegenspraak heeft gevoeld, blijkt uit zijne poging om haar te verbergen door aan de rechten in den natuurstaat slechts een *provisoir* karakter toe te kennen en ze te plaatsen tegenover de

¹⁾ Zum ewigen Frieden, Erster Abschnitt, 6n. Eigenaardig is KANT's opmerking, dat *hij* de leeraars van het natuurrecht op het begrip eener lex permissiva attent maakt!

²⁾ Rechtslehre I, 1, § 8; I, 2 § 15.

³⁾ l. c. I, 1, § 9.

peremptoire rechten in de burgerlijke samenleving ¹⁾. Zelf ziet hij zich bovendien genoopt aan de verkrijging van ieder recht een »Erlaubnissgesetz der praktischen Verkunft» ten grondslag te leggen, »das uns die Befugniss giebt allen andern eine Verbindlichkeit aufzulegen, die sie sonst nicht hätten, sich des Gebrauchs gewisser Gegenstände unserer Willkür zu enthalten, weil wir sie in unseren Besitz genommen haben» ²⁾.

Wijzen wij ten slotte nog op I. G. FICHTE, met wiens leer het natuurrecht zijn logisch eindresultaat, de opheffing der rechtelijke gebondenheid, heeft bereikt. Schijnbaar erkent hij de »lex permissiva», ja merkt in haar bestaan juist een onderscheid op tusschen het recht en de moraal ³⁾; in werkelijkheid echter loochent hij ze, door er niets anders in te zien dan een uitvloeisel van het beperkte gebied, waarover het recht zich uitstrekt in tegenstelling met het »Sittengesetz», dat »über alles Handeln der vernünftigen Geister gebietet». De »Erlaubniss» is ook voor hem louter negatief, niet in het wezen van het recht gelegen, maar slechts door uitlegging van den wetsregel uit de beperktheid zijner gelding af te leiden ⁴⁾. Ook hij evenwel raakt in de klem, waar hij het verband zal aantoonen tusschen de rechten, welke de mensch in

¹⁾ I. c. I, 2, § 15.

²⁾ I. c. I, 1, § 2.

³⁾ Anderen hebben hierin zelfs het kenmerkend onderscheid tusschen beide gezien, o. a. FEUERBACH: »Moral ist die Wissenschaft der Pflichten, Naturrecht die Wissenschaft der Rechte». (Kritik des natürlichen Rechts, pag. 30 en 35).

⁴⁾ Grundlage des Naturrechts I, § 7, IV.

de burgerlijke maatschappij bezit en de »Urrechte«, welke hij aan zijne natuur ontleent. Heet het eenerzijds, dat in de samenleving het »Urrecht«, d. i. »das absolute Recht der Person, in der Sinnenwelt *nur Ursache* zu sein«, moet worden beperkt, ten einde ieders gelijke vrijheid te verzekeren, anderzijds bestrijdt hij ROUSSEAU's opvatting, volgens welke in het maatschappelijk verdrag ieder zich met al zijne rechten aan de gemeenschap overgeeft, ¹⁾ met de bewering, dat niemand bij het staatsburgerlijk verdrag iets kan afstaan, wijl hij vóór dit verdrag in het geheel niets heeft: »Weit entfernt sonach, dass dieser Vertrag sich mit Geben anfangen sollte, hebt er an vom Erhalten« ²⁾.

§ 2.

In deze eeuw heet men de dwalingen van het

¹⁾ Contrat Social I, 6.

²⁾ l. c. II, § 17, B, v, n.

Zelfs in het zoo consequent doorgevoerde stelsel van HOBBS vindt men telkens de besproken tegenstrijdigheid terug. HOBBS erkent eerst volmondig het bestaan van het recht in den natuurstaat: »natura dedit unicuique jus in omnia« (De Cive, I, § 10) terwijl hij het elders weer loochent: »vocabula ergo *justum* et *injustum* ante Potentiam Civilem usurpata non fuerunt. . . itaque Civitas, Proprietas Bonorum et Justitia simul nata sunt« (Leviathan XXVI). Hij laat in een verdrag tusschen alle burgers onderling hen afstand doen van al hunne rechten ten behoeve van den Souverein, zelf aan geen recht gebonden, wijl hij geen partij was in het verdrag. (De Cive, VI, § 12—15). Alle rechten in de burgerlijke maatschappij ontvangt de burger dus van den Souverein, tegenover wien hij zelf rechteloos is. Zoo zou dus alle recht »jus permissivum« wezen. Toch wordt het imperatieve karakter van iederen rechtsregel verdedigd en als onrecht slechts

natuurrecht te boven te zijn gekomen: ¹⁾ aan de positieve rechtsorde historisch of logisch een natuurstaat of een systeem van subjectieve rechten te doen voorafgaan, acht men vrij algemeen de omkeering van den natuurlijken gedachtengang; het objectieve recht wordt beschouwd als de grondslag, waarop de subjectieve bevoegdheden steunen. Moge somtijds de *erkenning* van het subjectieve recht aan die van den objectieven regel zijn voorafgegaan, in de erkenning van het eerste lag die van den regel als het logische prius of correlaat opgesloten ²⁾.

De natuurlijke vrijheid als *recht* valt dus hiermede weg; zoo voor haar nog eene plaats is in het systeem, moet zij die innemen als een feitelijke toestand of een fysiek vermogen. Van de betekenis dezer veranderde zienswijze schijnen de schrij-

betiteld: »quod sit transgressio alicujus Legis» (Leviathan XXVI); HOBBS gevoelt, dat het jus naturale, eerst als recht opgevat en in het pactum subjectionis geheel te loor gegaan, toch niet anders is dan een feitelijk vermogen en als zoodanig is blijven voortbestaan en mitsdien niet aan de lex civilis wordt ontleend, maar slechts door haar wordt beperkt: »Imo Legum Civilium ferendarum Finis erat restrictio Juris Naturalis, sive Juris omnium in omnia, quo stante, pax nulla esse potuit» (ibidem).

Alleen SPINOZA weet aan de tegenspraak te ontkomen, door aan het recht in de burgerlijke maatschappij geen andere basis te geven, dan aan dat in den natuurstaat, namelijk *feitelijke macht*; het pactum wordt wel ondersteld, maar treedt als zoodanig op den achtergrond, wijl de inhoud ervan geheel wordt bepaald tot de macht, die de gemeenschap of hij, die met het imperium is bekleed, feitelijk kan uitoefenen. Cf. Tractatus Politicus, Cap. II; Tractatus Theologico-Politicus, Cap. XVI.

¹⁾ Zie vooral BERGBOHM, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie.

²⁾ Cf. JELLINEK, System der subjectiven öffentlichen Rechte, pag. 8; ED. HÖLDER, Ueber objectives und subjectives Recht, pag. 19 v.

vers zich evenwel niet geheel en al bewust te zijn geworden. Immers, van den oogenblik af, dat de vrijheid niet meer als *recht* wordt beschouwd, ontbreekt ook de noodzakelijke samenhang tusschen haar en de rechtsorde; de inhoud van beide kan dan niet meer als wederkeerig elkander bepalend worden aangemerkt, wijl beide dan geheel ongelijke begrippen zijn. Het natuurrecht zag in de vrijheid eene som van bevoegdheden, waarvan de rechtsorde er eenige ontnam, en waaraan zij misschien andere toevoegde; wordt de vrijheid een feit, dan staat de rechtsorde als ongelijksoortige grootheid daarnaast, zoodat van aftrekken en optellen geen sprake kan zijn. Wanneer de vrijheid als physiek kunnen door de rechtsorde wordt beperkt of verruimd, dan leert ons dit niets over het karakter dier rechtsorde, zoolang niet de wijze, waarop zij dit doet, wordt aangegeven.

Toch ziet men de schrijvers met het begrip natuurlijke vrijheid nog even zoo opereeren als in de beste dagen van het natuurrecht; de vraag naar het al of niet bestaan van z. g. Permissiv-Gesetze wordt op juist dezelfde wijze — en met dezelfde heftigheid — besproken als in den tijd van PUFENDORF, met dit verschil alleen, dat zich eene nieuwe controvers bij de oude is komen voegen, namelijk die betreffende het richtige verstand van het z. g. rechtelijke *kunnen* naast het rechtelijke *mogen*. Aan de eene zijde staan naast KANT en FICHTE, o.a. SCHOPENHAUER ¹⁾, VON SAVIGNY ²⁾, THON ³⁾, WIND-

¹⁾ Parerga, II, pag. 257.

²⁾ System, I, § 16.

³⁾ Rechtsnorm und subjectives Recht, pag. 7 v., 288 v.

SCHMID¹⁾, VON IHERING²⁾, BIERLING³⁾, GAREIS⁴⁾, V. D. SCHEI⁵⁾, SCHULZE⁶⁾; aan den anderen kant o.a. WACH⁷⁾, THÖL⁸⁾, MERKEL⁹⁾, BRINZ¹⁰⁾, LABAND¹¹⁾, PERNICE¹²⁾, V. BÜLOW¹³⁾, BINDING¹⁴⁾, HAENEL¹⁵⁾, JELLINEK¹⁶⁾, HÖLDER¹⁷⁾, SJÖGREN¹⁸⁾, enz. De natuurlijke vrijheid is het punt van uitgang gebleven, en de twist loopt nog steeds over de vraag, of deze door de rechtsorde òf alleen wordt *begrensd* òf *begrensd* en tevens *verruimd*. Met de beantwoording van deze vraag acht men tevens de formeele natuur van het recht aangewezen. Men zie o.a. GAREIS¹⁹⁾: »Der Schutz von Interessen, welchen die Rechtsordnung gewährt, besteht in der *Begrenzung* der *Willenssphären* durch die Norm»; BIERLING²⁰⁾: »Die

¹⁾ Lehrbuch des Pandektenrechts, (7e dr.), I, § 27.

²⁾ Geist des Römischen Rechts, (3e dr.), II pag. 358; Der Zweck im Recht, pag. 318 v.

³⁾ Kritik der juristischen Grundbegriffe, II, pag. 7 v., 307 v.; Juristische Principienlehre, pag. 26 v.; II, pag. 4, n.

⁴⁾ MARQUARDSEN's Handbuch, Band I, Halbb. I., pag. 9.

⁵⁾ GRÜNHUT's Zeitschrift, VII, pag. 763.

⁶⁾ Lehrb. des deutschen Staatsrechts, I, pag. 517.

⁷⁾ Handb. des deutschen Civilprocessrechts, I, pag. 185.

⁸⁾ Einleitung in das deutsche Privatrecht, pag. 96 v.

⁹⁾ GRÜNHUT's Zeitschrift, VI, pag. 369 v.; Encykl. FR. v. HOLTZENDORFF (5e druk), pag. 9.

¹⁰⁾ Pandekten, I, § 18.

¹¹⁾ Staatsrecht des Deutschen Reiches, (4e dr.), II, pag. 168.

¹²⁾ GRÜNHUT's Zeitschrift, VII, pag. 473 v.

¹³⁾ Archiv. für civilist. Praxis, LXIV, pag. 37.

¹⁴⁾ Die Normen, (2e druk), I, pag. 101 v.

¹⁵⁾ Studien zum Deutschen Staatsrechte, II, pag. 207 v.

¹⁶⁾ Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte, pag. 52.

¹⁷⁾ Ueber objectives und subjectives Recht, pag. 10 v.

¹⁸⁾ Iherings Jahrbücher, 1896, pag. 361 v.

¹⁹⁾ l. c.

²⁰⁾ Kritik der juristischen Grundbegriffe, II, pag. 312.

Sicherung der *Freiheit* kommt eben erst dadurch zu Stande, dass die *Freiheit* Aller *beschränkt* wird durch das Rechtsgesetz»; THON ¹⁾: »die *natürliche Freiheit* des Menschen besteht rechtlich überall fort, bis ihr durch die Rechtsordnung eine *Schranke* gesetzt ist»; MERKEL: ²⁾ »das imperative Element lässt sich zwar aus keinem Teile des Rechts ausscheiden, aber es erschöpft den Willens-gehalt desselben nicht. Denn dieser wendet sich nicht bloß an diejenigen, welchen er durch seine Gebote *Schranken* zieht, sondern auch an diejenigen, zu deren Gunsten er jene Gebote aufstellt, welchen er *Macht zuteilt*»; LABAND: ³⁾ »Nur insoweit die *Willenssphäre* eines Subjects durch Gebote, Verbote, Gewährungen gegen fremde *Willenssphären* abgegrenzt ist»; Pernice: ⁴⁾ »die Rechtsordnung erscheint bald als die *Grundlage* des gesamten Seins der einzelnen Bürger, bald als eine *Einschränkung ihrer ursprünglich umfassender gedachten Freiheit*»; JELLINEK: ⁵⁾ »Die Rechtsordnung kann sich zum individuellen Willen in mehrfacher Weise verhalten. Sie kann ihm ein bestimmtes Handeln zur Vorschrift machen also *seine natürliche Freiheit einschränken* sie kann dieser *Handlungsfähigkeit Etwas hinzufügen*, was sie nicht *von Natur* aus besitzt.» ⁶⁾

¹⁾ Rechtsnorm und subjectives Recht, pag. 292.

²⁾ Encyklopädie FR. v. HOLTZENDORFF (5e druk), pag. 9.

³⁾ l. c.

⁴⁾ GRÜNHUT's Zeitschrift, VII, pag. 475.

⁵⁾ l. c. pag. 43. Zie ook: Gesetz und Verordnung, pag. 215.

⁶⁾ Ook hier te lande vindt men bij het meerendeel der schrijvers dezelfde opvattingen. Men zie bijv. MR. W. C. OPZOOMER, Burgerlijk Wetboek, VI, pag. 313, n. 3: »Het uitgangspunt is de natuurlijke

Eigenaardig ook mag het heeten, dat, terwijl de naturrechtsleeraars zich uitputten in de finities en beschrijvingen der »libertas naturalis», de latere schrijvers in den regel iedere aanduiding van hetgeen zij onder dezen term verstaan, geheel overtollig schijnen te achten. Toch toont reeds een vluchtig overzicht van de in den loop der tijden gegeven definities aan, hoe gewaagd het is, met dit begrip te opereeren, zonder zich zelf en anderen rekenschap te geven van zijn inhoud. In het woord »vrijheid» toch ligt zeker niets opgesloten van hetgeen men ermede schijnt te willen aanduiden. Immers, vrijheid is niet anders dan een onzelfstandig negatief begrip, dat slechts aan een adjectum zijn bepaalden inhoud kan ontleenen: zoo zou natuurlijke vrijheid in het besproken verband niet anders willen uitdrukken dan niet-gebondenheid aan eenigen rechtsregel; als zoodanig opgevat kan de verhouding tusschen haar en de rechtsorde ons niets leeren aangaande den aard van een van beide, daar zij wederkeerig elkander geheel opheffen; het eene begrip is dan niets dan de negatie van het andere. De vrijheid moet dan ook bedoeld zijn als een begrip met positieven inhoud. Als zoodanig wordt het woord evenwel in minstens drie verschillende beteekenissen gebruikt. Vooreerst ver-

vrijheid; zij heeft geen erkenning noodig om te gelden, maar een verbod om niet te gelden»; Mr. W. MOLENGRAAFF in Rechtsgel. Magazijn 1887, pag. 390: »Met OPZOOMER neem ik aan, dat het uitgangspunt van den wetgever de natuurlijke vrijheid is; maar niet in den zin van het recht om alles te doen wat men wil, maar veeleer in die van het recht om niet in onze eer, persoon of vermogen aangetast of beschadigd te worden.»

staat men eronder het vermogen van den wil om zich zelve te bepalen; in dezen zin wordt de »libertas naturalis» in den regel bedoeld door de scholastici en als »facultas eligendi» door hen gesteld tegenover de leer van het z. g. determinisme, volgens hetwelk de wil steeds geheel door motieven is bepaald. Dan wordt met »natuurlijke vrijheid» bedoeld het abstracte handelingsvermogen van den mensch, zooals dit door het geheel zijner fysieke en psychische krachten wordt bepaald. Eindelijk dient dezelfde uitdrukking om weer te geven 's menschen handelingsvermogen in concreto, bepaald door zijn abstrakt handelingsvermogen en het milieu, waarin hij leeft, de wereld buiten hem, tegenover welke hij handelend optreedt. ¹⁾

Hoe men nu 's menschen vrijheid ook opvatte, zoolang men ze als een feitelijk »kunnen» beschouwt en het rechtsbegrip niet in hare omschrijving mengt, blijft het twisten over de vraag, of ze door den rechtsregel wordt verruimd of beperkt, voor het inzicht in de ware natuur van dezen laatste geheel vruchteloos. De wilsvrijheid is voor velen eene noodzakelijke voorwaarde voor het bestaan van eenige rechtsorde, zij zelve evenwel ondervindt van de rechtsorde geen invloed; de rechtsregel werkt als motief, dikwijls als alles overwegend motief — voor hen, die de wilsvrijheid aanvaarden, blijft niet-

¹⁾ Somschijnt men ook nog eronder te willen verstaan het vermogen om alles te doen wat men verkiest. Cf. PERNICE in GRÜNHUT's Zeitschrift, VII, pag. 479. Zoo ook bijv. ROUSSEAU, Contrat Social, I, 8.

temin de wil de beslissende factor der handeling ¹⁾. 's Menschen fysieke en psychische vermogens worden evenmin door den rechtsregel rechtstreeks verruimd en zeker niet beperkt; wel vormt het recht in zijne voortdurende ontwikkeling mede eene gewichtige voorwaarde en factor der beschaving, welke voor een groot deel niet anders is dan verruiming van 's menschen vermogens, doch dit samengestelde beschavingsproces, waaraan het recht medewerkt, leert ons niet, *hoe* het recht daarin zijne medewerking verleent. Het concrete handelingsvermogen eindelijk wordt zonder twijfel door de rechtsorde gewijzigd, of liever mede door haar bepaald, omdat zij een deel vormt van het milieu, waarin de mensch leeft: de psychische drang van den rechtsregel, de verwachting, dat anderen hem zullen naleven, die naleving zelve vooral, zijn even zoovele factoren, die 's menschen willen en kunnen bepalen. In dien zin heeft iedere regel eene dubbele werking — verruiming en beperking, misschien beter verruiming *door* beperking; de rechtsorde maakt zoo van eene bandelooze horde eene geordende gemeenschap. De vrijheid in dezen zin van den zwakkere tegenover den sterkere wordt verruimd, van den laatste tegenover de eerste beperkt; hinderpalen, welke de levende en levenlooze natuur aan de bereiking van 's menschen doeleinden in

¹⁾ Cf. Encycliek Libertas: »libertas naturalis non excludit legem, sed potius eam in auxilium postulat.» (LEONIS XIII Acta, ED. DESCLÉE, III, pag. 100, i. m.) Bijna woordelijk hetzelfde bij SPINOZA, Tractatus Politicus II, 11: »libertas agendi necessitatem non tollit, sed ponit.»

den weg stellen, worden weggenomen, terwijl eindelijk aan den mensch de bereiking van doeleinden wordt mogelijk gemaakt, welke zonder rechtsorde niet alleen onbereikbaar, maar zelfs ondenkbaar zouden zijn. Maar wat weten wij nu van de formeele natuur van den rechtsregel, — *hoe* de rechtsorde dit alles teweegbrengt, wat hare werking van die van andere ordeningen en van al het gebeuren om ons heen onderscheidt? Eene dreigende regenbui en een wettelijk verbod de woning te verlaten, staan in dit verband immers op ééne lijn.

Het onderzoek naar den feitelijken invloed, welke het recht op 's menschen natuurlijke vrijheid uitoefent, in welken zin men dit woord dan ook neemt, geeft over de formeele natuur van het recht dus geen licht, integendeel het verduistert deze slechts, getuige o. a. THON ¹⁾, die daarom de »Erlaubniss» niet als rechtsregel wil erkennen, wijl niet, gelijk door gebod en verbod belemmeringen voor ons handelen worden weggeruimd, zoo ook door het verlof de geoorloofde handeling ons wordt mogelijk gemaakt ²⁾; — getuige JELLINEK, ³⁾ die het z. g. rechtelijk »kunnen» als eene verruiming van het handelingsvermogen der menschen beschouwt, een juridisch begrip alzoö als verlengstuk plaatst aan een fysiek verschijnsel; getuige MERKEL, die daarom in de »Gewährungen» van het recht meer ziet dan louter impera-

¹⁾ Rechtsnorm und subj. Recht, pag. 293.

²⁾ Zie dezelfde verwarring van feit en recht reeds in Lex 4 pr. D. de Stat. Hom. I, 5: »Libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi quid vi, aut jure prohibetur.»

³⁾ Syst. der subj. öffentl. Rechte, pag. 43 en 45.

tieven, wyl door haar »den Interessen und Ansprüchen eine directe Werterhöhung erwächst, welche auf das Verhalten der Beteiligten in mancher Weise Einflusß übt und sie Bedenken, Rücksichten und Schwierigkeiten, die der Geltendmachung jener Interessen sich entgegensetzen können, entschiedener bekämpfen läßt» ¹⁾, — alsof dat alles niet even goed door imperatieven als door »Gewährungen» kon worden teweegebracht; getuige ten slotte de geheele litteratuur over de formeele natuur van het recht en van de bijzondere rechtsbegrippen, waarin de meest tegenstrijdige opvattingen worden verdedigd met argumenten, die langs elkander heen gaan, zonder elkander te ontmoeten, en principieele onderscheidingen van rechtsregelen van den meest uiteenlopenden aard worden vooropgesteld, waarin juridische, feitelijke en formeel-logische criteria zonder eenige discretie worden dooreengeworpen ²⁾).

Zoo blijkt dus, hoe de bovengestelde vraag naar de verhouding tusschen recht en vrijheid *niet* behoort te worden gesteld: niet in dien zin alsof moest worden gezocht naar den *feitelijken* invloed, dien het recht op 's menschen vrijheid uitoefent; de mensch moet niet beurtelings worden geplaatst

¹⁾ l. c.

²⁾ De volgende bloemlezing zij ter overweging aanbevolen: gebietende, verbietende, erlaubende, gewährende, versagende, entziehende, bejahende, verneinende, declaratorische, ophebbende, verweisende, begriψsentwickelende, berechtigende, verpflichtende, erkante, latente, selbständige, unselfständige, kategorische, hypothetische, etc.

buiten en in de rechtsorde om het verschil in fysiek »kunnen» te beoordeelen. Tevens blijkt, hoe de vraag *wel* behoort te worden gesteld: waar het geldt, de natuur van het recht als ordening van menselijke gedragingen te bepalen, moet worden gezocht, wat de rechtsorde aangaande die gedragingen uitspreekt, welk karakter die gedragingen onmiddellijk aan den rechtsregel ontleenen ¹⁾.

¹⁾ Cf. DR. FR. TEZNER in GRÜNHUT's Zeitschrift, XXI, pag. 109. Ik zie niet met TEZNER de noodzakelijkheid in, om de vrijheid alleen als *rechtsbegrip* te aanvaarden: kent men aan het woord »vrijheid» een positieven inhoud toe, zoo kan het even goed beteekenen, wat men *kan* als wat men *mag*. Vooral meene men niet, dat de verhouding tusschen de vrijheid als rechtsbegrip en het recht zelf iets over de natuur van het laatste kan leeren, wijl juist uit hetgeen het recht is, moet worden afgeleid, wat de rechtelijke vrijheid beteekent. Zoo brengen ons vragen, als die bijv. PERNICE (GRÜNHUT VII, pag. 479) stelt ter bestrijding der opvatting, dat men alles mag doen, wat niet door de rechtsorde is verboden: »Ist der Ausgangspunkt nicht vielmehr der Entgegengesetzte, man *dürfe* nur ge- und verbrauchen, was einem *gehört*, und dabei gerade werde man von der Rechtsordnung geschützt?» in 't geheel niet verder, wijl ze uitloopen op de tautologie, dat men rechtens alles mag doen, wat men rechtens mag doen.

HOOFDSTUK II.

Mogen en behooren.

§ 1.

Sinds BINDING zijne Normen-theorie publiceerde, verwierf zich het woord norm ter aanduiding van de bevelen der rechtsorde eene blijvende plaats in onze rechtslitteratuur. Geheel in strijd met de opvatting van den »Urheber» dezer uitdrukking is men haar spoedig op de geheele rechtsstof gaan toepassen en wordt het recht een geheel van »normen» genoemd. Voor zoover nu »norm» bij sommigen slechts een ander woord schijnt te zijn voor *rechtsregel* laat deze qualificatie de natuur van het recht geheel onaangeroerd; voor zoover men evenwel aan de oorspronkelijke beteekenis, welke Binding aan het woord hecht, getrouw is gebleven, wordt daardoor tevens partij gekozen in den boven aangeduiden, uit het natuurrecht overgeërfden strijd over de natuur van het recht, met name betreffende de vraag of men in de verklaring der wet, datiets geoorloofd is, eene andere wijze van rechtsuiting heeft te zien, dan in de geboden en verboden (de normen), of dat het z. g. Permissiv-Gesetz alleenlijk

bestaat in de opheffing van een verbod, — in ieder geval tot normen is terug te brengen. Boven noemde ik reeds de schrijvers i. u. p.; vooral THON en BIERLING hebben de algemeen-imperativistische natuur van het recht verdedigd en hun verder stelsel betreffende objectief en subjectief recht daarop gebouwd.

Dat de vraag op tweeërlei wijze kan zijn bedoeld, schijnt tot nu toe over het hoofd te zijn gezien. ¹⁾ Men kan vooreerst de vraag stellen: is het begrip van het niet-verboden zijn identiek met dat van het geoorloofd zijn; en daarnaast: is uit de omstandigheid, dat iets in eene wetgeving niet is verboden, af te leiden dat het is geoorloofd? Het antwoord op de eerste vraag moet de algemeene rechtsleer geven, dat op de tweede moet uit den uitgedrukten of onderstelden wil van den wetgever worden afgeleid.

Op de eerste vraag moet m. i. het antwoord bevestigen: ontkennend luiden: *geoorloofd zijn* en *verboden zijn* staan als kwalitatief verschillende begrippen naast elkander, het jus permissivum heeft zijne eigen zelfstandige beteekenis. Met deze stelling raak ik de kern van de bewuste strijdvraag, die thans, van natuurrechtelijke bijmengselen gezuiverd, zal worden besproken.

Vooraf ga de praejudicieele questie, of de logisch juridische begrips-constructie hier wel het antwoord heeft te geven, of niet veeleer historische analyse van het recht en de rechtsopvattingen bij een bepaald volk en in een bepaald tijdperk alleen tot

¹⁾ Ook door Mr. E. M. MEIJERS, l. c., pag. 130, n.

oplossing kan voeren, welke oplossing dan ook voor verschillende volken en tijden anders zou moeten luiden. Dit wordt door sommigen beweerd, bijv. door PERNICE ¹⁾ en JELLINEK. ²⁾ De eerste meent: »wir werden darauf verzichten müssen, den slechthin richtigen Standpunkt in dieser Beziehung zu finden; es muss genügen, was der »Zeitgeist« darüber gedacht hat, zu entdecken und »auszuschwatzen.« JELLINEK zegt: »Die Entscheidung solcher principiellen Fragen kann nur durch sorgfältige historische Analyse gewonnen werden, die für verschiedene Epochen verschiedene Resultate ergeben wird, so dasz z. B. der rechtliche Charakter der Freiheit im antiken Staate ganz anders geartet ist als im modernen. Juristische Dialektik kann das Gegebene leicht mit gleicher logischer Schärfe selbst aus einander entgegengesetzten Principien deduzieren. Das richtige Princip aber lehrt nicht die formale Jurisprudenz, sondern die Geschichte.«

Opmerkelijk is, dat beide schrijvers hunne eigen stelling onmiddellijk ontrouw worden door met behulp der »formale Jurisprudenz« het goed recht van bestaan der »Erlaubnisse« te verdedigen. Het wil mij dan ook toeschijnen, dat hunne bewering alleen betrekking kan hebben op de tweede der door mij gestelde vragen: immers voor de vraag, wat eene bepaalde wetgeving inhoudt, wat onder haar is geoorloofd, wat wij onder hare Erlaubnisse, wat onder haar stilzwijgen over verschillende handelingen

¹⁾ GRÜNHUT VII, p. 475.

²⁾ Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, pag. 52, n 1.

hebben te verstaan, daarover kan ons de historie dier wetgeving, de rechtsopvatting, die bij haar ontstaan en ontwikkeling heeft gegolden, veel licht verspreiden. Wanneer evenwel ook over de vraag, *wat* het recht is, hoe het zich verhoudt tegenover den handelenden mensch, alleen de historie van ieder volk en zijne rechtsopvattingen een antwoord kunnen geven, zoo is daarmee niet alleen over iedere rechtsphilosophie, maar tevens over iedere algemeene rechtsleer het oordeel geveld, wijl toch vóór de vaststelling van ieder begrip uit het rechtsgebied het begrip van het recht zelf wel eerst zal behooren vast te staan. Zekerlijk spreekt JELLINEK met zijne bewering het vonnis uit over zijne eigen bekende monographie betreffende de subjective publieke rechten. Geloofst men in de éénheid en universaliteit der rechtsidee, zoo zal ook door alle toevallige uitingen heen de formeele natuur van het recht dezelfde moeten zijn, en behoeft men dienaangaande zich niet te beperken den tijdgeest »auszuschwätzen», maar zal men dien, zoo noodig, moeten onderwerpen aan logische critiek.

§ 2.

»Das Erlauben könnte überhaupt nur Sinn haben in Beziehung auf ein voraus gedachtes Verbot» ¹⁾, zoo luidt de bestreden stelling; zij is niet veel meer dan de vertaling van de uitspraak van GROTIUS: »permissio non est actio legis, sed actionis negatio».

¹⁾ FR. C. v. SAVIGNY, System I, § 16.

Het verbod (resp. gebod) is het eenige middel, waardoor de rechtsorde tegen de menschelijke vrijheid optreedt; tot »normen» zijn na logische analyse alle rechtsregelen terug te voeren, zij zijn het eenig »rechtliche Residuum» ¹⁾ van iederen regel. Wat er schijnbaar meer is, is of een onzelfstandige rechtsregel, of het is de natuurlijke menschelijke vrijheid. De menschelijke vrijheid, zegt BIERLING, wordt wel veruimd door de rechtsorde, maar het eenige middel, dat deze laatste hiertoe ten dienste staat, is het richten van geboden en verboden aan anderen. De uitdrukkelijke veroorloving van eene bepaalde handeling qualificeert deze niet anders dan wanneer de wet geheel over die handelling had gezwegen. Stel u voor, zegt BIERLING, een complex van menschen, die zonder eenige rechtsorde levend, geen »Ahnung» hebben van gebod of verbod. Niet dat zulk een toestand ooit zou hebben bestaan (dat zou eene natuurrechtelijke droomerij wezen), neen, het voorbeeld wordt alleen gesteld als eene abstractie, of, zoo men wil, eene fictie. Deze menschen zullen nu hun eerste stuk rechtsorde, hun eersten rechtsregel ontvangen. Waarin zou deze nu anders kunnen bestaan dan in een imperatief? Eene »Gewährung», eene »Erlaubniss» zou hun als eene niet geheel begrijpelijke overtolligheid voorkomen, als eene poging om »etwas schon zuvor in der betreffenden Gesamtheit Vorkommendes darzustellen» ²⁾. Geheel op dezelfde wijze voert ons THON het Joodsche volk tegemoet met de onderstelling, dat het, vóór het

¹⁾ BIERLING, Zur Kritik der jur. Grundbegriffe, II, pag. 322.

²⁾ l. c. pag. 332 v.; Juristische Principienlehre, I, pag. 35 v.

Beloofde Land werd bereikt, zonder recht was geweest: de vorm, waarin het bij den Berg Sinai zijne eerste wetten ontving, was eenig en alleen die van gebod en verbod; een regel, die een verlof inhield, ware een »völlig zweckloser und müssiger Satz Was nicht verboten ist, ist eben deswegen erlaubt» ¹⁾.

Schoon men, gelijk ik opmerkte, in de uiteenzetting van THON en BIERLING veel terugvindt, wat aan het oude natuurrecht herinnert, speciaal de bewering, dat het niet-verbodene *daarom* geoorloofd zou zijn, wijl hier de natuurlijke vrijheid rechteus weer voortbestaat, zoo schijnt toch hunne bedoeling deze te wezen, dat het gebod en verbod de eenige vorm is, waarin het recht aan den dag treedt, zoodat dus al wat niet geboden of verboden is, tot het rechteus onverschillige moet worden gerekend. Beter ware het geweest, zoo ze deze uitdrukking »rechteus onverschillig» voor »rechteus geoorloofd» hadden in de plaats gesteld, wijl ze door het behoud der laatste uitdrukking den schijn aannemen, daaronder eene positieve rechtsqualificatie te verstaan, hoedanige natuurlijk alleen door het recht kan worden verleend. De eenige qualificatie, die dus in hunne leer het recht aan 's menschen handelingen kan verleenen, is die van het gebodene en verbodene; al wat daartoe niet behoort is rechteus onverschillig.

De gewichtigste grond voor deze leer schijnt te zijn, dat het recht zich in zijn historisch ontstaan niet anders laat *denken* dan in den vorm van impe-

¹⁾ THON, Rechtsnorm und subjectives Recht, pag. 290 v.

ratieven: om dit aan te toonen moet dan de historische fictie dienst doen van eene menschenmaatschappij, tot nu toe zonder eenig recht levend, die haar eerste stuk rechtsorde bekommt. BIERLING voelt zelf, dat de fictie niet bruikbaar is, wanneer niet tevens wordt aangenomen, dat de menschen tot nu toe van recht en onrecht geen »Ahnung» hebben gehad: anders immers waren de begrippen »geoorloofd» en »verboden» al aanwezig, vóór de rechtsorde een aanvang nam. Nu zij echter de vraag gesteld, hoe het redelijkerwijze mogelijk is, tot zulke menschen geboden of verboden te richten: zoolang het onderscheid tusschen goed en kwaad voor hen niet bestaat, zoolang ten minste het bewustzijn niet bij hen is doorgedrongen, wat »mogen» beteekent en wat »niet mogen», zoolang zal ieder rechtsvoorschrift, zij het een gebod, verbod of verlof, voor hen volkomen onbegrijpelijk wezen. Zoodra evenwel dit bewustzijn aanwezig is, de erkenning eener autoriteit over hunne handelingen, of over eene bepaalde groep of soort, bij de menschen is doorgedrongen, dan kan die autoriteit even goed spreken in den vorm van den imperatief als in dien van het verlof. Waar het voor die menschen dan op aankomt, is, te weten wat ze moeten, mogen en niet mogen doen en laten, en betreffende iedere handeling, waaromtrent de wetgever eene uitspraak in een dezer vormen geeft, bezitten ze daaromtrent zekerheid. Wenscht men ten slotte een tegenhanger tegen de historische fantasieën van BIERLING en THON, zoo zij herinnerd aan de eerste voorschriften, aan ons eerste oudrenpaar gegeven: »Eet vrij van alle

boomen des lusthofs; maar van den boom der kennis van goed en kwaad zult gij niet eten.»

Het verlof zou verder niets »darstellen», wat niet reeds vóór en zonder dien aanwezig was. Het verbod doet dit even weinig of even veel: even weinig, wijl het de handeling, waarop het betrekking heeft even min onmogelijk als het verlof ze mogelijk maakt; — even veel, wijl het verbod, zoowel als het verlof, de handelingen betreft binnen het rechtsgebied, het eerste als ongeoorloofde, het tweede als geoorloofde. Vraagt men verder, welke juridische beteekenis dan dit betrekken eener handeling binnen het rechtsgebied als geoorloofde heeft, zoo is hierop geen algemeen antwoord te geven, daar zulks geheel daarvan afhangt, in welk verband ieder wettelijk verlof met de andere wettelijke regelen staat. Maar juist hetzelfde geldt van het wettelijk verbod: wat het wil zeggen, dat de wet eenige handeling verbiedt, kunnen wij evenmin afleiden uit de verbodsbepaling zelve, maar alleen uit het verband tusschen haar en het geheele rechtssysteem ¹⁾.

§ 3.

Het schijnbaar krachtigste wapen, dat den verdedigers van de imperativistische natuur van alle recht ten dienste staat, is de uiterlijke vorm, waarin de uitvaardiging van iedere wet, zij haar inhoud een verbod of verlof, plaats vindt. Deze uitvaar-

¹⁾ Over het zelfstandige psychologische effect, dat het verlof naast het gebod heeft, zie men Dr. A. AFFOLTER, Untersuchungen über das Wesen des Rechts, pag. 13.

diging geschiedt steeds in den vorm eener wilsverklaring: »ita jus esto«. »Das einzige Wort *verordnen* giebt allein den nachfolgenden Sätzen den Normencharakter.« ¹⁾ »Die regelmässige Gestalt, in der das Recht in den Gesetzen zum Vorschein kommt, ist die *imperativistische*, d. h. die *unmittelbar praktische* Form eines Verbots oder Gebots, einer Vorschrift oder Regel. Ob der *Ausdruck* imperativistischer Art ist oder nicht, ist gleichgültig, das Imperativistische liegt in der Sache, in den Gedanken; in dem Munde der Gesetzes hat das »Ist« die Bedeutung des Seinsollens» ²⁾. Zoo beteekent de rechtsregel, dat eene vordering binnen zeker tijdsverloop verjaard *is*, dat zij in dat tijdsverloop *moet (soll)* verjaard zijn ³⁾. Zoo zegt ook HAENEL, die overigens den »erlaubenden Rechtsatz« met kracht verdedigt: »Eine tiefere Begründung wird weiterhin sich an die Frage knüpfen, an wen denn die Imperative: »*Hiernach sollt Ihr euch richten!*« ergehen, welche allem objectiven Rechte auch in seinen berechtigenden und ermächtigenden Bestimmungen zu Grunde liegen» ⁴⁾. BIERLING gaat in dit opzicht het verst, door ook in de opheffing van een rechtsregel »Rechtssetzung« te zien; de nieuwe rechtsregel luidt volgens hem: »de opgeheven regel zal niet langer als recht worden beschouwd» ⁵⁾.

¹⁾ BIERLING, Krit. der jur. Grundbegriffe, II, pag. 14.

²⁾ V. JHERING, Geist des Römischen Recht, (3e druk), II, pag. 358.

³⁾ Meer diergelijke voorbeelden bij V. JHERING, I, pag. 43.

⁴⁾ HAENEL, Studien zum Deutschen Staatsrechte, II, pag. 120.

⁵⁾ l. c. pag. 12 en 20 — THON erkent ten minste dat de »Rechtsaufhebung« geen »Rechtssetzung« tevens is, l. c. pag. 292, 293.

De voorgaande beschouwingen sluiten zich nauw aan, steunen voor het meerendeel op de door LABAND op den voorgrond gebrachte onderscheiding tusschen den inhoud der wet en het bevel, dat zij van kracht zal zijn, door hem »Gesetzesbefehl» geheeten. Reeds dadelijk zij opgemerkt, dat LABAND zelf deze onderscheiding voor het juridisch karakter der wet als rechtsbron van geen beteekenis acht, maar haar alleen gebruikt ter verklaring van de staatsrechtelijke wording der wet. ¹⁾ En inderdaad, zoo de onderscheiding houdbaar is, kan ze dit alleen zijn in verband met den vorm, als wordingsproces, waarin het recht in de tegenwoordige maatschappij in den regel ontstaat, geenszins in verband met de vraag, hoe het recht, eenmaal ontstaan zijnde, zich verhoudt tegenover den handelenden mensch. Hoe zou ook de uitspraak »ita *jus* esto» ons iets kunnen leeren over de natuur van het recht, dat zelf in die uitspraak als een niet verder gedefinieerd begrip voorkomt? Men houdt met de logische analyse juist daar op, waar ze behoorde te beginnen. Zoo is het ook met het voorbeeld betreffende de verjaring, door VON IHERING gegeven: ook al ware de uitdrukking: »de vordering *moet* verjaard zijn», niet geheel in strijd met het karakter der verjaring, tenminste in civilibus, zoo zou zij toch als zoodanig over het wezen van dien rechtsregel geen licht geven, wijl ter beoordeeling daarvan eerst het rechtsmiddel der verjaring hoort vast

¹⁾ Zie zijne uitdrukkelijke verklaring dienaangaande: I. c., II, pag. 5, n^o. 2.

te staan, dat echter op zijne beurt, juist als *rechts-*begrip, mede wordt bepaald door het gezochte fundamenteele begrip van het objectieve recht. Trouwens, waartoe dienen de pogingen van BIERLING c. s. om iederen rechtsregel ook naar zijn inhoud om te zetten in imperatieven, wanneer het imperativistische karakter reeds uit den vorm der tostandhouding voortvloeit: is ook de »erlaubende Rechtssatz» om het »ita jus esto», dat bij zijne wording wordt uitgesproken, reeds een imperatief, zoo kan men gerustelijk den »erlaubenden» inhoud ook als *zoodanig* laten gelden, tenzij alle rechtsregels moeten worden omgezet in imperatieven in de tweede macht. BIERLINGS bewering eindelijk, dat ook het intrekken van een rechtsregel een nieuwen imperatief te voorschijn roept, leidt in zijn systeem tot de zonderlinge conclusie, dat, hoe meer imperatieven er worden afgeschaft, des te meer er overblijven!

Het bevel »ita jus esto», zoo het al een bevel is en van den wetsinhoud is af te scheiden, kan ook daarom niet het karakter van den rechtsregel zelve raken, wijl menige rechtsregel zijne intrede doet, zonder dat van zoodanig begeleidend bevel iets is te bespeuren: men denke aan het gewoonterecht, aan het »jus respondendi» der Romeinsche juristen. Al moge misschien de laatstgenoemde rechtsvorming nog zijn terug te voeren tot eene uitdrukkelijke wilsverklaring van den keizer, het gewoonterecht, historisch aan het wettenrecht voorafgaande en nog voortdurend zijne plaats daarnevens handhavend, kent als zijn oorsprong geen bevelende autoriteit, maar alleen het algemeen bewustzijn zijner

verbindbaarheid en op grond daarvan heeft het »legis vigorem». ¹⁾

Trouwens, de splitsing zelve der wetgevende functie, in het vaststellen van den wetsinhoud en het uit-

¹⁾ Hoe BIERLING uit deze spreuk kan afleiden, dat het gewoonterecht toch op eene »Anordnung» berust, is mij een raadsel, te meer, waar hij uitdrukkelijk betoogt »dasz das, was Alle unter der Bezeichnung, »Gewohnheitsrecht» als thatsächlich gegeben anerkennen, zu seinem Zustandekommen irgend welcher Mitwirkung der Obrigkeit, des Herrschers, der höchsten Gewalt im Staate, oder wie man sonst sagen will, *nicht* bedarf» l. c. pag. 22. Zie ook Jur. Principienlehre I, pag. 31.

Ik kan hier niet nader ingaan op den ouden strijd, of het gewoonterecht zelfstandig naast het wettenrecht staat, dan wel in laatste instantie toch tot den wil van den wetgever moet worden teruggebracht. De eerste meening, in Duitschland vooral door de historische school tegenover het natuurrecht verdedigd, kan aldaar, trots vele aanvallen nog als de heerschende worden beschouwd. (Men zie de litteratuur in het opstel van REGELSBERGER in het Kritische Vierteljahresschrift, IV, pag. 321 v. »Das subject der Rechtsbildung») Onder de nieuweren kunnen tot de tegenstanders worden gerekend V. IHERING en LASSON. In Engeland wordt de tweede meening vooral voorgestaan door de analytische school van AUSTIN, terwijl onder de bestrijders MAINE de eerste plaats inneemt (Zie WILLOUGHBY: »The nature of the State», pag. 162 v.).

Slechts drie opmerkingen veroorloof ik mij; ten eerste, dat door eene *stilzwijgende* erkenning van het gewoonterecht door den wetgever aan te nemen, men de questie niets verder brengt, wijl die stilzwijgende erkenning wel moeilijk anders dan uit de gewoonte kan blijken; vervolgens, dat de herleiding van het gewoonterecht tot *Staatswil* al evenmin iets baat, zoolang niet wordt aangetoond, of dat de Staat geen rechtsbegrip is, of dat zijn ontstaan uitsluitend op wettenrecht steunt; en eindelijk, dat de toekenning van *terugwerkende kracht* aan de toepassing van de gewoonte door den rechter — het orgaan van den Staat — tot op het tijdstip, dat deze als gedragsregel werd erkend, eene gekunstelde voorstelling is, die in ieder geval in de positieve wetgeving nergens steun vindt.

vaardigen van het wetsbevel lijkt mij ook voor het wettenrecht onhoudbaar; ik kan, door hoe hooge autoriteit ze ook wordt geschraagd, in haar niet veel anders zien, dan eene mislukte poging om uit de constitutioneele bepalingen betreffende de sanctie een argument te putten voor de staatsrechtelijke *theorie*, gewoonlijk als Schranken-theorie of monarchisch principe aangeduid. Een aanhanger der tegenstelling, SCHULZE, erkent reeds, dat ze alleen is vol te houden in de monarchie, niet in die landen, waar de wet door overeenstemming van twee gelijkwaardige staatsorganen tot stand komt; ¹⁾ waar zou trouwens ook, bijv. in Frankrijk, in Labandschen zin de eigenlijke wetgevende macht berusten, waar immers een ontwerp van iedere der beide Kamers door het besluit der andere tot wet wordt verheven? Maar ook voor de monarchie is de leer, dat de monarch wetgevende macht bezit, *omdat* hem het recht van sanctie toekomt, niet dan eene *petitio principii*, wijl de verheffing der sanctie tot wetgeving »im eigentlichen Sinne des Wortes» alleen daaruit kan voortvloeien, dat men den monarch de wetgevende macht *blijft* toekennen, niettegenstaande hij die slechts kan uitoefenen in overeenstemming met de Vertegenwoordiging. Doet men afstand van deze laatste stelling, welke toch niet anders is dan eene aan de constitutie ondergeschoven *theorie* en uit den aard der sanctie geenszins volgt, zoo laat zich het aandeel van den constitutioneele monarch in de wetgeving geheel

¹⁾ DR. H. SCHULZE, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes, I, pag. 527.

op dezelfde wijze denken als bijv. dat van den Franschen Senaat; handhaaft men daarentegen de stelling, denkt men zich de volle wetgevende macht bij den koning, niettegenstaande hij deze *moet* uitoefenen in overeenstemming met de vertegenwoordiging, zoo is de bewering, dat alleen de sanctie, als daad van den monarch, wetgeving is, eene zuivere tautologie en wordt der Vertegenwoordiging ieder aandeel in de wetgeving ontzegd: de sanctie beheerscht dan den inhoud tevens.

Hiermede is niet gezegd, dat dan de taak der Vertegenwoordiging bij het vaststellen der wetten eene staatsrechtelijk onverschillige zou zijn en gelijkstaan met bijv. het werk eener staatscommissie. Terecht voert JELLINEK ¹⁾ aan, dat het verleenen van toestemming tot eene door een ander te verrichten rechtshandeling, zelfs al wordt, gelijk somtijds hier, de inhoud dier rechtshandeling geheel buiten dien ander om vastgesteld, geenszins noodzakelijk in deelneming aan die rechtshandeling behoeft te bestaan; privaat en publiek recht geven daaraan menig voorbeeld. Wat wordt betoogd, is dit: dat de *wetgevende functie* zich niet laat splitsen naar inhoud en bevel. Berust de wetgevende macht bij Monarch en Vertegenwoordiging te zamen, zoo blijkt op het moment der sanctie hunne overeenstemming betreffende den wetsinhoud als te gelden rechtsregel; berust die macht bij den monarch alleen, zoo omvat zijne verklaring »ita jus esto» in het woord »ita» de wet met haar geheelen inhoud, wie dien inhoud

¹⁾ Gesetz und Verordnung, pag. 316 v.

ook heeft vastgesteld of behooren vast te stellen, omdat eene wet zonder inhoud een onding is. ¹⁾ Is de formule »ita jus esto» een bevel, zoo moeten daarvoor andere gronden gelden dan in hare afscheiding van den wetsinhoud kunnen worden gevonden; of ze een *imperatief* is dan wel een *futurum*, hangt alleen af van de beteekenis van het woord »jus», zoodat deze laatste niet omgekeerd uit *haar* kan worden afgeleid.

Mijne conclusie is deze: waar ieder recht zoowel in gebiedenden als in veroorlopenden vorm spreekt, waar noch langs historischen, noch langs speculatieven weg kan worden aangetoond, dat de eerste vorm noodzakelijk aan den tweeden voorafgaat, of dat het bewustzijn van het »mogen» slechts door en uit dat van het »behooren» kan zijn ontstaan, waar de *ontstaansvorm* van het recht ons niets leert aangaande zijn *bestaansvorm*, waar eindelijk de rechtelijke beteekenis van het »mogen» naast die van het »behooren» niet kan worden betwist, — daar moet de beschrijvende rechtswetenschap aan beide begrippen naast elkander eene plaats toekennen.

§ 4.

Als tweede vraag stelde ik (pag. 21), of uit de omstandigheid, dat eene handeling in eene wetgeving niet is verboden, valt af te leiden, dat ze volgens die wetgeving is geoorloofd. Hier bevinden

¹⁾ Cf. GIERKE in SCHMOLLER's Jahrbücher, VII, pag. 1175, en in GRÜNHUT's Zeitschrift, VI, pag. 229.

wij ons niet langer op het gebied der logische constructie, maar op dat der positieve wetsinterpretatie, zoodat zich a priori het antwoord niet laat geven. Voorzeker gaat men te ver, door de vraag algemeen bevestigend te beantwoorden. Immers, men kan zich eene rechtsorde denken, waarin het recht slechts bestaat in uitspraken, over bepaalde gevallen; ¹⁾ in dezen toestand houdt de beslissing, dat eene bepaalde handeling verboden is, niets in omtrent het al- of niet geoorloofde van alle andere handelingen. Zulk eene rechtsorde moge hoogst gebrekkig en onbevredigend wezen, niet weinig valt ervoor te zeggen, dat het recht juist in dezen vorm zijne intrede in de wereld heeft gedaan; en trouwens, naast den wettelijken regel ontbreekt deze rechtsvorming geenszins: men denke aan het *jus respondendi* der Romeinsche juristen, aan het disciplinaire recht, voor het grootste deel geheel ongeregeld; men denke ook aan de meer veldwinnende meening, dat de rechter eene vrijere positie ten opzichte der wet behoort in te nemen, dan de oudere wetsuitleggers hem gewoonlijk toekennen, naast, ja zelfs boven de wet. ²⁾ Hoe men nu over deze laatste wijze van rechtsvorming denke, of men haar al of niet wenschelijk en met de bestaande wetgeving vereenigbaar acht, onmogelijk is zij in geenen deele: waar de trage wetgeving achterbleef in de regeling van nieuw opkomende maatschappelijke verschijnselen,

¹⁾ Cf. FR. PAULSEN, *System der Ethik*, II, pag. 498.

²⁾ Zie over deze quaestie en de litteratuur dienaangaande: Prof. N. K. F. LAND, *Inleiding tot de verklaring van het Burgerl. Wetb.*, pag. 42 v; Mr. E. M. MEIJERS, l. c. Hoofdstuk V en VII.

zou de rechter, gesteund door het algemeen rechtsbewustzijn, in hare plaats kunnen treden, niet tot het uitvaardigen van geboden of verboden, maar tot bepaling van hetgeen al of niet is geoorloofd.

Maar ook, wanneer men zich geheel plaatst op het standpunt van wat men in den modernen tijd de normale wijze van rechtsvorming noemt, — het vaststellen van algemeene regelen door de daartoe bevoegde autoriteit —, ook dan blijft het bedenkelijk, uit het ontbreken van een wettelijk verbod per se te besluiten, dat de wet de niet verboden handelingen tevens veroorlooft. Immers, de gedachte, dat een groot deel der menschelijke handelingen in het geheel niet valt binnen het bereik van den wetgever, zij het dan alleen door diens zelfbepaling, die gedachte, hoe veelsoortig de opvattingen betreffende oorsprong en omvang van 's wetgevers bevoegdheid in den loop der tijden ook mogen zijn geweest, ontbreekt zelden; naast het rechtens gebodene, verbodene en geoorloofde staat als regel de categorie van het rechtens *onverschillige*: aan de heerschappij van het recht niet onderworpen, geen rechtelijke qualificatie dragende, kunnen deze handelingen slechts beoordeeld worden naar andere beginselen en regelen, waaronder die der moraal en godsdienst de eerste plaats innemen. Eene rechtsorde, welke alles veroorloofde, wat zij niet verbood, zou in geheel onnoodige botsing komen met onze zedelijke overtuigingen. Zeker, het recht wil slechts een »ethisch minimum» vastleggen, het kan niet de strenge eischen stellen der moraal, het moet dikwijls uitdrukkelijk of stilzwijgend hande-

lingen veroorloven, door de zedelijkheid gewraakt; maar dit alles neemt niet weg, dat de immoreele handeling, onder bescherming der rechtsorde verricht, een gevoel van mishagen wekt, hetwelk door het inzicht in de onvermijdelijkheid ervan niet wordt weggenomen. En waarom zou dan de rechtsorde geheele groepen van handelingen, waarvan het verrichten, nalaten noch verhinderen als zoodanig eenig rechtsgevolg heeft, als »geoorloofd» qualificeeren, wanneer die handelingen door de algemeene zedelijke overtuiging eener natie als zedelijk »ongoorloofd» worden gebrandmerkt. Een zoodanig opzet mag men niet bij den wetgever onderstellen. Men vergete niet, dat de uitspraak, dat eene gedraging rechtens geoorloofd is, eene beslissing, eene keuze tusschen twee qualificaties inhoudt, welke keuze de wetgever, die zijn taak begrijpt, bij immoreele handelingen zeker niet zal doen, tenzij er gewichtige gronden zijn, waarom hij zich niet van die keuze mag onthouden.

Er kan geen reden zijn, eene handeling, waarover de wetgever zwijgt, als geoorloofd aan te merken, wanneer niet uit het verband met andere wetsbepalingen blijkt, dat die qualificatie *verdere* juridische beteekenis heeft, of wel historische gronden aanwezig zijn, om uit 's wetgevers stilzwijgen tot zijne instemming zonder meer te besluiten. Dit laatste zal gewoonlijk dan het geval zijn, als eene verbodsbepaling wordt ingetrokken, welke bleek op eene verkeerde of niet meer passende zienswijze te berusten; met de herinnering aan het vroegere verbod verdwijnt dan meestal het bewustzijn van

het stilzwijgende verlof en gaat de betrokken handeling tot de rechtens onverschillige over.

Voegen wij nog erbij, dat men met de stelling »rechtens geoorloofd is alles, wat niet is verboden» nog geen stap dichtër is bij de wetenschap, wat nu eigenlijk is geoorloofd ¹⁾). Ja, als de wetgeving bestond uit eene categorische opsomming van gebods- en verbodsbepalingen! Maar waar is zulk eene wetgeving te vinden? Iedere wetgeving bestaat juist voor het meerendeel uit regelen, die bevoegdheden, rechten, juridische macht toekennen, en dan nog in termen zoó vaag, dat eene onafzienbare litteratuur sinds eeuwen tracht daaruit af te leiden, wat ieder mag en niet mag ²⁾). Wat reden is er dan, om het wettelijk verlof slechts te doen bepalen door het ontbreken van het verbod, waar in den regel de wetgever verbods- en verlofsbepalingen tot één geheel samenvoegt? De omstandigheid, dat uit al die samengestelde rechtsinstituten, welke iedere wetgeving kent, slechts door diepgaande historische en juridisch-logische analyse het rechtelijk residuum van het daarin opgesloten »mogen» en »behooren» is af te leiden, moet tot de erkenning voeren, dat

¹⁾ Zelfs niet al komt deze phrase voor in de wetgeving zelve, zooals in art. 5 der »Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen».

²⁾ Vergelijk KANT's opmerking in zijn werkje »Zum ewigen Frieden», (I, 6, n.) dat, »die Erlaubnisse nur zufälliger Weise, nicht nach einem Princip, sondern durch Herumtappen unter vorkommenden Fällen zum Gesetz hinzukommen.» Met de geboden en verboden is het evenwel in 't geheel niet beter gesteld. KANT's wensch, dat dit verbeterd worde, opdat men een »jus certum» zou verkrijgen, zal wel tot de pia vota blijven behooren.

de wetgever nimmer *daarnaast* een *algemeen* stilzwijgend »mogen» kan hebben willen erkennen.

»Mogen» en »behooren» staan dus ook in de positieve wetgeving zelfstandig naast elkander en iedere poging om a priori het gebied van een van beide te omschrijven, moet noodwendig schipbreuk lijden: voor zoover het recht zich uitstrekt, vindt men ook in den regel de bevoegdheid en den plicht naast elkander, een enkele maal bij vergissing of om historische reden de bevoegdheid of den plicht alleen; wat daarbuiten ligt, is rechtens onverschillig. Algemeene criteria zijn niet te geven. JELLINEK meent: »Das Erlauben erstreckt sich nur soweit, als die natürliche Freiheit die Sphäre anderer Individuen zu berühren im Stande ist.» ¹⁾ Wat is daarmee nu gewonnen? Vooreerst kunnen de uitingen van 's menschen handelingsvermogen in abstracto ²⁾ alle in zoodanige omstandigheden zich voordoen, dat ze binnen het gebied der rechtsorde vallen; vervolgens blijkt niet, wat met »die Sphäre anderer Individuen» ist bedoeld; meent men ermede hunne *rechtssfeer*, zoo zegt het criterium niets, wijl juist de vraag, hoever zich de rechtssfeer dier anderen uitstrekt, alleen kan worden beantwoord, wanneer men weet, welke handelingen als rechtens geoorloofde zijn te beschouwen; is met die sfeer bedoeld de *machtssfeer* of liever de *belangensfeer*, zoo laat zich a priori — daar geen enkel soort belang is uitgesloten — van geen enkele handeling zeggen, of

¹⁾ Subj. öffentl. Rechte, pag. 43.

²⁾ En dit is blijkens de voorbeelden, slapen, wandelen, door JELLINEK bedoeld.

ze niet de belangen van anderen kan raken.¹⁾ Alleen de beoefening in haar vollen omvang van het positieve recht van ieder volk kan leeren, wat daar geoorloofd, geboden en rechtens onverschillig is.

§ 4.

Waar ik tot nu toe de uitdrukkingen »geoorloofd» en »ongeorloofd» bezigde, hechtte ik daaraan geen andere beteekenis dan deze, dat de betrokken handeling door de rechtsorde al- of niet wordt gebillijkt; ik bedoelde er niet anders mede dan de eenvoudigste, niet verder te herleiden juridische qualificaties, welke de menschelijke handelingen aan de rechtsorde ontleenen: het rechtens *mogen* en *niet mogen*. Voor het bewijs mijner stelling, dat aan het rechtelijk *mogen* eene zelfstandige plaats toekomt naast het rechtelijke *moeten* of *niet mogen* heb ik dan ook geen beroep gedaan op de vele »be-rechtigende» en »ermächtigende» rechtsregelen, welke men in iedere wetgeving vindt, hoewel dit beroep bij alle schrijvers, welke het bestaan van het jus permissivum verdedigen het gewone is. Men zie o. a. THÖL l. c. pag. 96: »Die Hauptmasse des Rechts besteht aus solchen Sätzen, welche an einen Thatbestand ein Recht anschliessen»; DR. A. MERKEL in GRÜNHUT's Zeitschrift, VI pag. 372: »Die erlaubende, ermächtigende, gewährende und bzw. garantirende Seite des Rechts . . . tritt u. A. in der Fassung

¹⁾ Zoo JELLINEK trouwens zelf: »Es giebt keine individuelle Thätigkeit, die nicht widerrechtlich gefordert werden könnte; alle rechtliche Irrelevanz ist nur relativ.» l. c. pag. 104, n. 2.

zahlreicher Bestimmungen des Privat-und öffentlichen Rechts hervor, insofern darin nur die Rechte defnirt sind, nicht die Pflichten». BINDING l. c. pag. 104: »Der Rechtssatz wird zum Befehl nur durch seinen sonstigen Inhalt. Ist dieser nicht Befehl sondern Ermächtigung, so wandelt Letztere durch die feierliche Gesetzessprache ihre Natur wahrlich nicht in ein Verbot oder Gebot um. Auch das feierlichste Wahlgesetz giebt heute Wahlrechte und keine Wahlpflichten» en op pag. 107: ».... aber es giebt Rechtssätze, die reine Gewährungen sind oder lediglich die Voraussetzungen für das Entstehen des konkreten Eigentumsrechtes bestimmen ohne irgendwie an Pflichtenbegründung zu denken»; HAENEL l. c. pag. 211: ».... wenn auch alles Recht in dem obersten Imperativ ausläuft: Jederman hat sich darnach zu richten, den es angeht, so spricht es doch und kann nicht sprechen nur in Geboten und Verboten, nicht nur in genau und positiv umschriebenen Berechtigungsklauseln, sondern auch in *Ermächtigungen*»; BRINZ, Pandekten, I, pag. 93: »Die Satzung, aus welcher das gesetzliche Recht hervorgeht, ist zunächst theils *Verbot*, theils *Gebot*, theils *Gewährung*». In den regel mist men zelfs, gelijk reeds uit deze voorbeelden blijkt, eene onderscheiding tusschen de »Erlaubniss», de »Berechtigung» en de »Ermächtigung,» de eerste de verklaring, dat eene handeling geoorloofd is, de tweede de toekenning van een subjectief recht, de derde de opdracht van eene rechtelijke macht, het vermogen om rechtsgevolgen teweeg te brengen. Men onderscheide de regelen: »noodweer is *geoorloofd*» — »eigendoms-

recht wordt verkregen door verjaring» -- »de koning heeft het *recht* van oorlogsverklaring.»

De beide laatste soorten van rechtsregelen acht ik evenmin een bewijs voor het bestaan van het jus permissivum als het z. g. wetsbevel »ita jus esto» voor het tegendeel. Immers, ook deze rechtsregelen houden nog nader te definieeren *rechtsbegrippen* in, — het subjectieve recht en het rechtelijk kunnen — en komen dus eerst voor de bepaling van karakter van het objectieve recht in aanmerking, wanneer de inhoud dezer begrippen is vastgesteld, hetwelk weer niet kan geschieden, zoolang niet het fundamenteele begrip van het objectieve recht zelf is gevonden. Uit de bedoelde rechtsregelen alleen is dus dit laatste onmogelijk af te leiden. Geheel ten onrechte rangschikt men dan ook het subjectieve recht en het rechtelijk kunnen op ééne lijn met het rechtelijk mogen, moeten en niet mogen; zoo men in de regelen, die een subjectief recht of een rechtelijk kunnen toekennen, afzonderlijke verschijningsvormen van het objectieve recht meent te zien, zoo moet men òf wel aannemen, dat de inhoud dier beide rechtsfiguren geheel *onafhankelijk* is van de regelen van »mogen» en »behooren», òf wel men beschouwe ze als *afgeleide* of *samengestelde rechtsbegrippen* en toone aan, dat na analyse iets anders overblijft dan een »mogen» of »behooren»: het eerste wordt door niemand gemeend, het laatste wordt in den regel zelfs door niemand beproefd. JELLINEK, die het uitvoerigst over het rechtelijk kunnen handelt, bepaalt zich tot omschrijvingen als: »Gedürft wird den

Nebengeordneten, gekonnt dem Staat gegenüber». »Die rechtlich relevanten von der Rechtsordnung gewährten Fähigkeiten bilden in ihrer Gesamtheit das rechtliche können, das subjective Recht der Einzelnen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes besteht ausschliesslich in der Fähigkeit, Rechtsnormen im individuellen Interesse in Bewegung zu setzen». ¹⁾ In iedere omschrijving vindt men het begrip van den rechtsregel of een ander afgeleid *rechts*begrip terug. BERNATZIK identificeert het mogen met het kunnen ²⁾; WINDSCHEID vat beide in ééne definitie te zamen: »Recht ist eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft» ³⁾; BRINZ zoekt het onderscheid tusschen beide hierin, dat het tweede slechts bij: »Rechtsgeschäften», het eerste ook bij »gemeine Handlungen» voorkomt ⁴⁾; HÖLDER eindelijk meent ook eene keerzijde aan het »kunnen» te zien en voegt zoo nog een rechtelijk »müssen» aan het schema toe; het »kunnen» wordt ook door hem niet verder omschreven dan als het vermogen »zur Begründung rechtlicher Erfolge». ⁵⁾, ⁶⁾.

¹⁾ Subj. öffentl. Rechte, pag. 45 v.

²⁾ Archiv für 's öffentl. Recht, V, pag. 200, noot 1.

³⁾ Pandekten, (7e dr.) I, § 37.

⁴⁾ Lehrbuch des Pandekten, I, § 65.

⁵⁾ Prof. ED. HÖLDER, Ueber objectives und subjectives Recht, pag. 42.

⁶⁾ De Romeinsche juristen schijnen het onderscheid tusschen mogen en kunnen niet te hebben gezien. Zij gebruiken promiscue voor beide »licere» en »posse», »facultas» en »potestas.» Men vergelijkte vooral het opschrift van Inst. Lib. II, Tit. VIII: »Quibus alienare *licet*, vel non» met de onmiddellijk daarop volgende woorden »Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienare non *possit*, et contra, qui dominus non sit, alienandae rei *potestatem*

Alleen THON en BIERLING zetten de ontleding ver genoeg door, beide echter op het standpunt zich plaatsende, dat het recht alleen uit imperatieven bestaat.

habeat.» Vergelijk ook l. 4 D. XX, 5; l. 6 C. VIII, 27; l. 3 § 1, C. VIII, 34; l. 1 pr. C. VIII, 29, in welke plaatsen de bevoegdheid van den pandhouder om de verbonden zaak te verkoopen, beurtelings »postestas», »facultas», »licentia» en »jus» wordt genoemd.

Hoe de Romeinen over het jus permissivum hebben gedacht, blijkt niet duidelijk. Men kan tegenover elkander plaatsen MODESTINUS in L. 7, D. I, 3: »Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire» en FLORENTINUS in L. 4, pr. D. I, 5; »libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid, vi aut jure prohibetur.» Hunne rechtsopvatting gaf eerder aanleiding het jus permissivum te loochenen. Cf. PERNICE in GRÜNHUT's Zeitschrift, VII, pag. 475.

HOOFDSTUK III.

Recht en Moraal.

§ 1.

Het recht eene ordening van »mogen» en »behooren». Met deze slotsom kan de vaststelling van de formeele natuur van het recht niet als afgedaan worden beschouwd, waar naast de rechtsordening tal van andere ordeningen, ook van »mogen» en »behooren», 's menschen gedragingen beheerschen. Wat is het specifieke in den rechtsregel naast die andere gedragsregelen? De bespreking van de in dit opzicht meest belangrijke tegenstelling, die van recht en moraal, zal voldoende zijn, om het bijzondere karakter van den rechtsregel te doen uitkomen.

Het schijnt vermetel in enkele bladzijden deze oude strijdvraag tot oplossing te willen brengen, met zoo weinig stuurmanskunst de »Kaap Hoorn der rechtswetenschap», zooals VON IHERING ze noemt, te willen omzeilen, waar zoovele bekwame stuurlieden hun doel reeds misten. Ondertusschen, de beperking, welke ik van den beginne af aan den aard mijner beschouwingen stelde, dringt van zelf ook deze strijdvraag binnen veel enger grenzen, dan waarin ze gewoonlijk wordt besproken. Immers, niet de vraag in haar vollen omvang, waarin het

onderscheid ligt tusschen recht en moraal,— in wezen, oorsprong, doel en sanctie, — maar alleen wat *formeel* den *rechtsregel* van het *voorschrift der moraal* onderscheidt zal worden beantwoord; alleen de uiterlijke vormen, waarin recht en moraal verschijnen, en deze teruggebracht tot hunne eenvoudigste gedaante zullen met elkander worden vergeleken. Niet voldoende worden in de litteratuur deze beide geheel verschillende zijden van het vraagstuk uit elkander gehouden: het *rechtsphilosophisch* en het *formeel-juridisch* onderscheid tusschen recht en moraal; dat dit verschil in standpunt een verschil in de oplossing mogelijk maakt, wordt te dikwijls voorbijgezien.

Eene groepeerings van de voornaamste meeningen, die vooral sinds THOMASIVS omtrent het onderscheid tusschen recht en moraal zijn verdedigd, leidt tot vier hoofdgroepen. Onder de eerste groep rangschik ik die theorieën, die in navolging van THOMASIVS het onderscheidend kenteeken zoeken in de *mogelijkheid of oorbaarheid van dwang* tot handhaving der gestelde regelen; tot eene tweede groep zijn de theorieën samen te brengen, die op den *oorsprong* der regelen den nadruk leggen, bijzonderlijk de uitvaardiging, uitdrukkelijk of stilzwijgend door eene geordende macht als kenteeken van het recht van beteekenis achten; in de derde plaats volge de leer, in verschillende vormen voorgedragen, dat recht en moraal naar het door beide beoogde *doel* moeten worden onderscheiden; eindelijk de meeningen van hen, die den *aard der genormeerde gedragingen* voor de onderscheiding beslissend achten.

Over de drie laatste groepen kan ik kort zijn.

De herkomst van een regel kan voor zijn uiterlijken vorm van groot, van alles overwegend belang zijn, wanneer die herkomst haar stempel op den regel zelf heeft gedrukt. Eene onderscheiding der gedragsregelen naar gelang van de autoriteit, waarvan ze emaneren kan dus zonder twijfel tot eene deugdelijke classificatie voeren. Voor een formeel-juridisch onderzoek kan evenwel zulk eene onderscheiding niet het einddoel wezen, tenzij tevens mocht blijken dat met een verschil in oorsprong telkenmale een verschil in den vorm correspondeert. Eerst dan, wanneer gelijksoortigheid in vorm steeds op gelijkheid in herkomst heenwees, zouden de beide onderscheidingen — naar vorm en naar herkomst — parallel loopen, maar dan zou nog de rechtswetenschap de eerste en niet de laatste hebben te aanvaarden. Evenmin als de ethnoloog de aardbewoners eenvoudig kan rangschikken naar de plaats hunner herkomst, maar deze slechts in zooverre in aanmerking neemt als verschil in karakter, zeden, gewoonten, levenswijze enz., daarmede samengaat, evenmin kan de jurist zich tevreden stellen met eene ordening der gedragsregelen naar hun oorsprong alleen, zonder minstgenomen het redelijke van die ordening aan te toonen in het karakter, dat die regelen aan hunne wijze van ontstaan ontleenen. Dat bovendien de eenheid in den oorsprong der rechtsregelen nog verre is te zoeken, volge uit de bloote vermelding van drie soorten recht: het wettenrecht, het gewoonterecht en het volkenrecht. ¹⁾

¹⁾ Men denke ook aan de dooreenmenging van godsdienstige, moreele en rechtsvoorschriften in vele oude wetgevingen.

Betreffende het *doel* — op andere wijze bezien, den *grond* van recht en moraal als onderscheidingsmiddel van deze beide onderdeelen der ethiek, verwijs ik naar hetgeen ik in den aanvang schreef over de tegenstelling tusschen rechtsphilosophie en algemeene rechtsleer. Zeker, nergens meer dan op het gebied van het praktisch denken speelt de doelgedachte eene groote rol, en het ééne levensdoel van den mensch laat zich differentieeren naar gelang van den aard der verschillende levensuitingen en levensbetrekkingen: eene daarmede samengaande onderscheiding der die uitingen en betrekkingen beheerschende leefregelen laat zich dus zeer goed denken. Maar zulk eene onderscheiding moge misschien vruchtbaar zijn voor de rechtsphilosophie, voor de algemeene rechtsleer is ze dit niet: de laatste vraagt niet naar het doel, maar naar den aard van het middel. ¹⁾ Hiertegen wordt wel aangevoerd, dat er geen betere weg is, den aard van een middel, een werktuig aan te duiden dan de omschrijving van het doel, waarvoor het is bestemd. Maar dan wordt met het doel de onmiddellijke bestemming gemeend, die uit de bijzondere eigenschappen van het middel blijkt: ²⁾ in dien zin hebben alle voorschriften van recht en moraal geen ander doel dan de regeling van 's menschen gedragingen. Spreekt men evenwel van het doel, den bestaansgrond, van het recht en de moraal, zoo heeft men het einddoel, de algemeene rechtvaardiging van het

¹⁾ Cf. BIERLING, Zur kritik der jur. Grundbegriffe, II pag. 60, n.

²⁾ Cf. SIGWART, Logik, (2e druk), II, pag. 250.

bestaan dezer normencomplexen op het oog, en dan staat geenszins vast, dat met gelijkheid van doel gelijksoortigheid van middel correspondeert: waar men hier met het moreele voorschrift volstaat, eischt ginds hetzelfde doel een rechtsregel; waar in den loop der tijden het moreele bewustzijn verzwakt, groeit de rechtsstof aan; waar een wetgever, zijne taak misduidend, een volk door dwang tot innerlijke deugdzaamheid zoekt op te kweeken, kent misschien de filosoof, op het doel lettend, zijnen voorschriften eene plaats toe in de moraal, de jurist, op den vorm afgaande, rekent ze tot het recht.

§ 2.

Tegen de vierde oplossing van het vraagstuk — de scheiding van recht en moraal naar den aard der genormeerde gedragingen — zou van juridisch standpunt geen bezwaar behoeven te bestaan, wijl die gedragingen, in de regelen uitgedrukt, hunnen vorm mede bepalen. Beschouwt men evenwel de rechtsstof, zooals die bij de verschillende volken in den loop der tijden heeft gegolden, bemerkt men, hoe afwisselend de inzichten zijn geweest aangaande den aard der gedragingen, waarover de autoriteit van het recht zich had uit te strekken, ziet men, hoe de wetgever in het eene tijdperk ingrijpt in de zoogenaamde individueele vrijheid op eene wijze, die men in een vroeger stadium als geheel met

zijne taak in strijd zou hebben geacht, dan blijkt duidelijk, dat de grens tusschen recht en moraal naar den aard der door beide beheerschte handelingen onmogelijk is te trekken: van geen enkele soort handelingen laat zich a priori zeggen, dat ze noodzakelijk tot het gebied van een van beide behoort. Men tracht in dit opzicht wel criteria te geven, en inderdaad, er is niets tegen te zeggen, dat het recht zich beperkt tot die handelingen, waarmede de mensch treedt in de sfeer zijner medemenschen. Maar wat is hiermede gewonnen? Afwisselend moet de vrijheids-, levens-, belangen- of rechtssfeer haren dienst bewijzen; het gebruik van de laatste geeft ons niets dan eene tautologie, terwijl de andere termen zoozeer aan vaagheid en onbepaaldheid lijden, dat ze voor het beoogde doel, een formeel criterium te geven, ten eenen male onbruikbaar zijn. Immers, wanneer de vrijheids-, levens- of belangensfeer van een ander wordt betreden, is niet te zeggen, zoo men zich niet eerst rekenschap geeft van de wereld- en levensbeschouwing, onder het licht waarvan men die vraag beziet. Zoo voeren ons deze criteria terug naar de rechtsopvatting van ieder volk, niet beter te kennen dan uit het recht, waaronder het leeft, — m. a. w. het schijnbaar aprioristisch criterium ter herkenning der rechtsstof legt ons die rechtsstof zelve weder ten onderzoek voor. Bovendien geven ons de genoemde termen slechts een negatief criterium; want, zoo men al kan zeggen dat het recht steeds gedragingen normeert, waarmede de vrijheids-, levens- of belangenkring van anderen wordt betreden, zeker is het, dat van

de uitsluitend door de moraal beheerschte handelingen voor een groot deel hetzelfde geldt.¹⁾

§ 3.

Er blijft dus over het eerstgenoemde criterium — de *dwang*. Zou men de geschiedenis schrijven van de pogingen, in het werk gesteld om eene aanneembare grenslijn tusschen recht en moraal te trekken, men zou waarnemen dat, sinds de dwang

¹⁾ R. STAMMLER ontkent dit laatste: hij meent, dat *alle* mensche-lijke handelingen zoowel naar den maatstaf der zedelijkheid als naar dien van het recht kunnen worden gemeten: de zedelijkheid zou dan betreffen *de innerlijke gezindheid*, het recht *de uiterlijke gedraging*. Uiterst zwak is evenwel zijn betoog, dat van handelingen, waartoe de mensch slechts verplicht zou zijn krachtens zijne betrekking tot het Opperwezen of krachtens zijne eigen bestemming, — alzoo afgezien van de verhouding tot zijne evenmensen — geen sprake zou kunnen zijn; betreffende de eerste soort vernemen wij, dat »Pflichten gegen ein absolutes Wesen nie auf gleiche Linie mit solchen Bindungen gestellt zu werden vermögen, wie Sittliche Lehre sie fordert», wijl deze laatste »sich gründet auf die Idee der Menschheit, wonach der Mensch, als ein Vernunftwesen, jederzeit auch(!) als Selbstzweck zu achten ist." Nu zou men denken, dat deze »Selbstzweck» dan toch tot plichten der tweede soort zou voeren; doch neen, deze »bilden nur eine abgeleitete Betrachtung von richtigem Wollen der Menschen untereinander»! De mensch mag niet vergeten, dat »die Gemeinschaft ihn erst macht»!

De stelling bovendien, dat de zedelijkheid slechts met innerlijke gezindheid, het recht slechts met uiterlijke gedragingen zou te maken hebben, is in hare beide termen onjuist: de moraal gebiedt en verbiedt ook wel degelijk *handelingen*, en het recht let, vooral bij *overtreding* zijner voorschriften, ook wel degelijk op innerlijke gezindheid. Cf. R. STAMMLER, Die Lehre von dem richtigen Rechte, pag. 52 v.

als onderscheidend kenmerk op den voorgrond trad, hij steeds op allerlei wijze is bestreden door filosofen en juristen van beteekenis, en dat hij toch, na telkens door andere criteria op zij te zijn gedrongen, de eerste plaats heeft herwonnen en behouden. Het overwegend meerendeel der rechtsbeoefenaars blijft in den dwang den onmisbaren gezel zien van het recht. Is het een bewijs voor de deugdelijkheid der leer of voor het besef, dat men niet bij machte is een criterium te vinden, dat beter dan dit aan de gewone rechtsopvatting beantwoordt? Alleszins bevredigend is de leer voorzeker niet: dit blijkt reeds uit de weinige eensgezindheid betrekkelijk hare juiste opvatting. Moet op de *oorbaarheid* of op de *mogelijkheid* van dwangmaatregelen de nadruk worden gelegd, ziedaar de vraag, die tot op heden de volgelingen van THOMASIVS in twee partijen houdt verdeeld.

Geen van beide partijen kan zich natuurlijk ontveinzen, dat er algemeen als zoodanig erkende rechtsregelen zijn, welker naleving in geen enkel opzicht door dwang is verzekerd, en dat in menig geval bovendien de dwangoefening onuitvoerbaar blijkt. Dit schijnt evenwel het vertrouwen in het aanvaarde beginsel niet te ontnemen: eenerzijds wordt erop gewezen, dat het immers niet de vraag is, of dwang *kan* worden uitgeoefend, maar alleen of deze, ware hij mogelijk, zoude *mogen* worden toegepast; van de andere zijde ontgaat men het bezwaar door te stellen, dat men op het gebied der ethiek, evenals in andere wetenschappen, niet tot maatstaf mag nemen het exceptioneele, het toevallig afwijkende,

maar alleen datgene, wat men *gemeenlijk* bij verschijnselen eener zelfde soort waarneemt; de afwezigheid van dwang bij sommige rechtsregelen wordt dan beschouwd òf wel als een teeken, dat die regelen nog in een achterlijk stadium verkeeren, nog niet de volle wijding van het recht zijn deelachtig geworden, òf wel als een bewijs van het onvolmaakte in al het menschelijke, dat ook steeds in de ordening der menschelijke samenleving zal te voorschijn treden.

Mogelijkheid of *oorbaarheid* van dwang. De tegenstelling wordt gewoonlijk in dezen vorm vermeld; juister ware, tusschen beide termen eene derde te plaatsen: *mogelijkheid van geoorloofden dwang*. Immers onder hen, die de mogelijkheid van dwang als herkenningsteeken van den rechtsregel beschouwen, vragen sommigen alleen, of er eene macht aanwezig is, die feitelijk de naleving van dien regel door dwangmaatregelen verzekert, zonder dat die dwangoefening zelve in het recht behoeft te zijn gefundeerd; anderen daarentegen achten het niet voldoende, dat dwang wordt uitgeoefend, maar eischen tevens, dat de uitgeoefende dwang in een rechtsregel zijne rechtvaardiging vindt. De eersten vragen alleen naar hetgeen *is*, de anderen naar hetgeen *is, voor zoover het rechtens is geoorloofd*. De dwangtheorie vertoont dus drie vormen: de eerste plaatst den dwang geheel *buiten het recht*, de tweede geeft er aan eene plaats in de *rechtsverwezenlijking*, en de laatste alleen in de *rechtsordening*¹⁾. Hierbij wordt

¹⁾ WILLUGHBY deelt mede, dat deze laatste opvatting de continentale, de tweede (of de eerste?) de Engelsch-Amerikaansche

als van zelf sprekend ondersteld, dat zij, die de oorbaarheid van dwang als criterium aanvaarden, daarmee bedoelen, dat de dwang *rechtens* geoorloofd is; zulks wordt wel nergens uitdrukkelijk uitgesproken, maar, waar de moraal in engen zin den dwang heet te mijden, en volgens die lijn de scheiding wordt voltrokken, kan moeilijk de *zedelijk* geoorloofde dwang in het rechtsbegrip weder worden opgenomen.

Dat men in deze theorieën het begrip »dwang» niet zeer eng moet nemen, behoeft nauwelijks te worden opgemerkt. Absolute fysieke dwang tot nakoming van hetgeen het recht eischt, zal wel zelden eronder zijn begrepen, vooreerst, wijl deze niet dikwijls is aan te wenden, ten andere, wijl het recht bedoelt richting te geven aan de handelingen van vrije wezens, en van naleving van een rechtsregel moeilijk meer kan worden gesproken, waar door fysiek geweld de niet-naleving onmogelijk is gemaakt. In den regel zal de dwang bestaan in relatief fysieken dwang tot nakoming, in straf na begane overtreding, of in het ten koste van den overtreder verschaffen van een surrogaat, min of meer gelijkwaardig aan hetgeen de rechtsregel eischt. Sommigen leggen meer bijzonder den nadruk op den psychischen dwang, in de strafbedreiging gelegen; in

is. Het heeft mij niet mogen gelukken, in te zien, dat op het continent de laatste opvatting uitsluitend of zelfs overwegend wordt gehuldigd. Integendeel, behoudens enkele uitzonderingen, o. a. GIERKE, zou ik meenen, dat het meerendeel der continentale schrijvers een der beide eerste meeningen aanhangt. (Cf. WILLOUGHBY, *The Nature of the State*, pag. 113, n.).

dit verband evenwel ten onrechte, naar ik meen. De beteekenis toch eener bedreiging wordt geheel bepaald door den persoon, die bedreigt, en datgene, waarmede hij bedreigt, zoodat de dwangtheorie, op deze wijze weergegeven, ons terugvoert naar de autoriteit, van welke de rechtsregel afkomstig is, terwijl de aard van de bedreiging afhangt van den aard van den bedreigden dwang. Een zelfstandig criterium naast dat der objectieve aanwendbaarheid of der rechtelijke oorbaarheid van dwang vinden wij dus op deze wijze niet. Bovendien blijft in de beide eerstgenoemde theorieën de — om welke reden ook — niet uitgevoerde bedreiging buiten beschouwing, terwijl in de derde het element der bedreiging niets anders zou zijn dan de reeds gestelde eisch, dat de dwang in een verlot, resp. verplichting van het recht zijn oorsprong moet vinden.

§ 4.

Hoewel de eerste theorie gewoonlijk op rechts-philosophische gronden wordt bestreden, is ze ook van formeel-juridisch standpunt bezien, geheel onhoudbaar. Daargelaten dat, zoo ze juist ware, de dwang geen karakteristiek element van het recht, maar slechts een toevallig daarmede samengaand verschijnsel zoude zijn, wordt deze theorie weerproken door de geheele structuur van het moderne recht. Vooreerst het privaatrecht: de mogelijkheid der dwangoefening hier te plaatsen buiten het recht, zou gelijk staan met een terugkeer tot dien meest

primitieven rechtstoestand, waarin een ieder zijn recht slechts door eigenrichting kon geldend maken; immers de mogelijkheid, waarin thans het individu in den regel verkeert, om zijne private rechten tegenover zijne medeburgers te handhaven, spruit niet voort uit eene feitelijke macht van hem zelve, maar vindt haren oorsprong in een gecompliceerd systeem van allerlei *rechts*voorschriften, voornamelijk gericht aan de organen van den staat. Dàn het publieke recht, in zooverre het ook rechten erkent van den burger tegenover de overheid: hier de mogelijkheid van den dwang ergens anders te zoeken dan in het recht zelf, is vrijwel absurd. Waar anders dan juist dáar zou de éénling de macht ontleenen, de Overheid, den rechtshandhaver zelve, tot opvolging van den rechtsregel te dwingen? Maar ook aan het publieke recht in omgekeerde richting — de Overheid tegenover den burger — laat zich deze dwangtheorie met geen mogelijkheid meer aanpassen. Ja, als men zich denkt een persoonlijken, aan geen regel gebonden, absoluten soeverein, voldoende feitelijke macht bezittend, om in den regel zijn wil tegen den weerstrevenden onderdaan door te zetten, dan zou voor die verhoudingen de mogelijkheid van den dwang het recht van de andere gedragsregelen kunnen onderscheiden. Maar hoe vindt in den tegenwoordigen Staat de handhaving van een voorschrift van het Staatsgezag tegenover den burger anders plaats, dan door het in werking treden van tal van *rechts*voorschriften, die in onderlingen samenhang den aard en den omvang van den te oefenen dwang bepalen? Alleen de fictie van een Staat, zelf aan

geen recht gebonden, schijnt bij machte, de bestreden theorie voor het publieke recht te behouden, de rechtshandhaving los te maken van den bodem van het recht. Maar ook niet meer dan in schijn, — in het *staatsbegrip* zelf wordt ze weer aan het recht vastgelegd: tot de kennis toch van den Staat, als persoon, vooral als rechtshandhaver, komt men niet dan in en door het rechtssysteem zelf, dat den omvang zijner bevoegdheid omschrijft. Slechts één deel van het rechtsleven schijnt nog steeds de oude dwangtheorie te schragen: het rechtsverkeer der Staten onderling. Maar ook nergens meer dan hier treedt aan het licht, hoe zeer het wezen van het recht erdoor wordt miskend; vindt de scheiding van recht en dwang in het nationale recht min of meer haar correctief in de aangenomen eenzelvigheid van beider oorsprong, — het Staatsgezag, — in het internationale recht staan ze als geheel zelfstandige onafhankelijke factoren naast elkander, terwijl toch volgens de dwangtheorie de laatste als het herkenningsteeken van het eerste moet worden beschouwd. Zonderlinge theorie! Twee groepen verschijnselen, tusschen welke iedere innerlijke samenhang ontbreekt, zouden, waar ze in vereeniging met elkander voorkomen, het internationale rechtssysteem vormen! Tusschen gecoördineerde rechtssubjecten zou de mogelijkheid van iedere rechtsbetrekking moeten worden getoetst aan de wederkeerige machtsverhouding! Van algemeen geldende rechtsregelen zou niet kunnen worden gesproken, maar slechts van feitelijke rechtsbetrekkingen! De drang, die men alom waarneemt, om ook op dit gebied de rechts-

handhaving los te maken van feitelijke machtsverhouding, zou niet zijn eene zucht tot betere verwezenlijking der rechtsidee, maar hoogstens tot hervorming van het recht naar ethische beginselen!

De beide andere dwangtheorieën plaatsen den dwang in het recht zelf, d. w. z. zij beschouwen slechts dan den dwang als het kenmerk van den rechtsregel, wanneer hij in het recht zelf zijn steun vindt, *wanneer hij rechtens is geoorloofd*; verder splitsen zich dan de beide theorieën in dien zin, dat de eene zich met dezen eisch tevreden stelt, terwijl de andere bovendien de aanwendbaarheid van dwang vordert, en dus alle regelen, voor welke dwang tot verzekering der naleving wel geoorloofd zoude zijn, maar facto onmogelijk is, buiten het recht sluit.

Tegen het aan deze beide theorieën gemeenschappelijk element heb ik een dubbel bezwaar. Voor eerst, dat er tal van door ieder als zoodanig erkende rechtsregelen zijn, die *rechtens* niet door dwang worden gehandhaafd. De door mij verdedigde categorie van het rechtelijk »mogen» onttrekt zich uit den aard aan iederen dwang, op het doen naleven gericht; daarnaast staan bovendien vele gebods- en verbodsbepalingen, vooral gericht aan de hoogste staatsorganen, den monarch, de afgevaardigden, de rechterlijke macht, enz., bij welke de dwang de uitzondering, niet de regel is. Niet alleen is het logisch noodwendig, dat men ten slotte stuit op voorschriften, gesteld ter verzekering van de nakoming van andere regelen, welker opvolging zelve evenwel niet is gesanctioneerd, — quis custodit ipsos custodes? —

maar bovendien zijn vele van die voorschriften van dien aard, dat het recht hunne opvolging niet anders dan in volkomen vrijheid *wil*. Het ontbreken van den dwang is mitsdien volstrekt niet altijd een uitvloeisel van onmacht van den wetgever, maar dikwijls opzettelijk door hem bedoeld, omdat hij bij sommige regelen dien dwang in strijd acht met de waardigheid van het recht en van hen, aan wie de regelen zijn gericht. Terecht ziet de wetgever in, dat er organen zijn, op wier ernstigen wil tot naleving der wet men moet vertrouwen, wijl de door den wetgever in eene dwangbepaling uitgesproken twijfel de noodzakelijke autoriteit dier organen zou ondermijnen; niet dan noode zal een wetgever ertoe overgaan, hier een dwangvoorschrift in te voeren, wanneer het blijkt, dat zijn vertrouwen was misplaatst. Wanneer dus het recht zelf somtijds den dwang ter zijde laat, en liever vertrouwt op den goeden wil van hen, aan wien het zijne voorschriften richt, kan in den dwang ook nimmer het kenmerkend element van den rechtsregel worden gevonden.

Mijn tweede bezwaar tegen de dwangtheorie in dezen vorm is, dat ze ons in een vitieuzen cirkel brengt. Immers, met *rechtens* geoorloofden dwang kan niet anders zijn bedoeld dan dwang, die door een *rechtsregel* wordt toegestaan of geboden; mitsdien laat zich de dwangbedreiging, die den rechtsregel van andere gedragsregelen heet te onderscheiden, niet anders denken dan in den vorm van een daarnaast geplaatsten nieuwen *rechtsregel*. Maar waaraan dan te herkennen, of deze laatste

inderdaad een *rechtsregel* behoort te worden genoemd? De fout in de theorie ligt hierin, dat in de definitie van het rechtsbegrip het te definieeren begrip zelf weder is opgenomen.

§ 5.

Geen der besproken theorieën kan den toets der kritiek doorstaan. Is dan het vraagstuk onoplosbaar? In zekeren zin ja, want tusschen den rechtsregel en de andere gedragsregelen is vormelijk geen verschil aan te wijzen. Het »gij moogt» en »gij behoort» van het recht en van de moraal vertoonen geen uiterlijke kenteekenen, waaraan ze zijn te onderscheiden. Meer dan eens wordt een voorschrift, dat als moreele gedragsregel reeds werd erkend, in het rechtssysteem opgenomen, of omgekeerd een rechtsregel uit het rechtssysteem losgelaten, terwijl hij als moreel voorschrift blijft voortbestaan, zonder dat in het een of in het andere geval iets aan den uiterlijken vorm wordt veranderd. Alle gedragsregelen, tot hun eenvoudigsten vorm teruggebracht, hebben slechts dit ééne kenmerk, dat zij geen oordeelen inhouden over het feitelijk bestaande, maar ideeën uitdrukken over de verhouding van menschelijke gedragingen tot een min of meer nauwkeurig omschreven levensdoel; de algemeene vorm van deze ideeën verandert niet, naarmate men het eene of het andere doel tot maatstaf van beoordeeling neemt.

Deze negatieve conclusie schijnt in strijd met het feit, dat *grosso modo* een ieder gemakkelijk in

staat is, recht en moraal van elkander te onderscheiden. Dit onderscheid wordt met die conclusie evenwel geenszins geloochend, slechts wordt erdoor ontkend, dat men het in den vorm van iederen regel op zich zelf heeft te zoeken: niet daàr, maar in het verband, waarin de verschillende regelen tot elkander staan, ligt het onderscheidend element. Wat wij waarnemen in het groote veld der ethiek, — gedacht als een complex van gedragsregelen, — is dit: uit al die gedragsregelen scheidt zich eene bepaalde groep van regelen af, niet zooals de andere los naast elkander staande en alleen door de in hen sprekende doelgedachte tot eene eenheid verbonden, maar op allerlei wijze elkander wederkeerig bepalend, op elkander ingrijpend, van elkander afhankelijk, elkander versterkend, — met deze waarneembare strekking, dat de werkelijke gedragingen van den mensch zooveel mogelijk aan den inhoud dier regelen beantwoorden. Waar de moraal een *behooren* uitspreekt, zal zij in den regel hare taak daarmede als volbracht beschouwen en zwijgend toezien, als de opgelegde plicht niet wordt nagekomen; verklaart zij eene gedraging *geoorloofd*, zij voegt er niets aan toe, om dit verlot meer kracht bij te zetten, dan die eener geruststelling voor het geweten. Legt daarentegen het recht een *plicht* op, zoo zal gewoonlijk reeds eene reeks van regelen het ontstaan van dien plicht hebben voorbereid en geleid, — zijne vervulling zal de voorwaarde, zijne verwaarloozing de oorzaak zijn voor het ontstaan of het in werking treden van tal van andere regelen: spreekt het recht een *mogen* uit, zoo zullen andere rechtsbe-

voegdheden en plichten, hoe dan ook, bescherming verleen en aan de geoorloofde gedraging. Iedere schakel van een ketting heeft denzelfden vorm als eene losse schakel, — toch is de ketting te onderscheiden van eene groep onverbonden schakels ¹⁾).

Toetsen wij deze beschouwing aan de laatst voorgedragen dwangtheorie, zoo blijkt zij ten deele niet anders dan eene verbeterde voorstelling daarvan te geven; immers, waar rechtens — d. i. door een rechtsregel — geoorloofden dwang als het kenteeken wordt beschouwd, zoekt men dit kenteeken ook niet in den regel zelf, maar in het verband tot een daarnaast geplaatsten regel, op de nakoming van den eersten gericht. Alleen in dezen vorm weergegeven ontgaat de dwangtheorie den viti-euzen cirkel. Dan nog evenwel kleeft haar aan eene dubbele fout: vooreerst, dat slechts op het verband van telkens *twee* regels wordt achtgeslagen, ten andere dat als eenig verband de bedreiging van dwang tot handhaving wordt aangegeven. Door die dubbele fout blijft onverklaard, op welken grond het rechtskarakter van den dwangbedreigenden regel moet worden aangenomen, en hoe er tal van rechtsregelen kunnen zijn, welker naleving niet door dwang is verzekerd. Let men evenwel op den innerlijken samenhang, welke middellijk of onmiddellijk iederen rechtsregel aan het geheele systeem verbindt, ²⁾ zoo worden ook deze

¹⁾ Cf. Dr. A. AFFOLTER, Untersuchungen über des Wesen des Rechts, pag. 9 v.

²⁾ Deze gedachte ligt ook ten grondslag aan het systeem van BIERLING; deze trekt er evenwel de onjuiste conclusie uit,

beide vragen beantwoord. De dwangbedreigende regel neemt dan niet eene ondergeschikte plaats in naast den z. g. *eigenlijken rechtsregel*, waaraan hij is toegevoegd, maar is rechtsregel evenals deze, en ontleent dat karakter aan het feit, dat hij met dien regel en tal van anderen tot een aaneengesloten geheel is verbonden. Het verband behoeft dan ook niet alleen in dwangbedreiging te bestaan: voldoende is, wat den plicht betreft, dat uit andere regelen blijke, dat het nakomen of niet-nakomen daarvan de voorwaarde is voor het ontstaan of de vervulling van andere plichten en bevoegdheden; wat de bevoegdheid betreft, dat uit andere regelen blijke, dat plichten en bevoegdheden zijn gesteld, om het verrichten der geoorloofde gedraging eenige bescherming te doen genieten.

Bezien wij nu de vraag, welker bevestigende of ontkennende beantwoording de beide laatst voorgedragen dwangtheorieën van elkander onderscheidt: is oorbaarheid van dwang voldoende, of moet daarnevens de mogelijkheid van dwang als element in het rechtsbegrip worden opgenomen? In de door mij voorgedragen leer moet deze vraag aldus worden geformuleerd: ligt het karakteristieke van het recht alleen in den innerlijken samenhang zijner regels, of moet daarnaast tevens worden geëischt, dat die regels, in het bijzonder die, welke ter verzekering van de nakoming van andere regelen zijn gesteld,

dat aanvaarding van slechts één rechtsregel logisch de aanvaarding van alle anderen insluit; het verband der rechtsregelen is geen *logisch*, maar een *juridisch* verband.

ook worden nageleefd? Nimmer kan natuurlijk met dit laatste zijn bedoeld, dat alleen die regelen op den naam van rechtsregelen kunnen aanspraak maken, welke nooit worden overtreden: dan ware er geen enkele rechtsregel; bedoeld moet zijn, dat betreffende de rechtsregelen, in het bijzonder de z. g. dwangvoorschriften, de nakoming de regel, de overtreding de uitzondering vormt. Dat het criterium geen scherpe omlijning geeft, kan niet als eenig bezwaar daartegen gelden: eene vormenleer, die uitgaat op het trekken van scherpe lijnen, miskent licht de werkelijkheid. Het criterium is evenwel deels *overbodig*, deels *onjuist*: overbodig, daar in den innerlijken samenhang der rechtsregelen, gericht op de verzekering hunner naleving, reeds een waarborg ligt opgesloten, en de eenige waarborg, dien *het recht* kan geven, dat in 't algemeen die regelen zullen worden nageleefd; onjuist daar zelfs de voortdurende niet-naleving van een rechtsregel daaraan het karakter als zoodanig niet ontnemt, tenzij als *rechtelijke* factor van het te niet gaan van rechtsvoorschriften de *gewoonte* wordt erkend.¹⁾ Bovendien, waar door revolutie of anarchie tijdelijk de geheele wetgeving van sanctie wordt beroofd, zal, zoodra de geregelde orde weer intreedt, nimmer het achterliggend tijdperk als *rechteloos* wordt beschouwd, maar zullen de gedragingen uit die dagen naar het oude recht, dat daarin is blijven gelden, worden beoordeeld en be-

¹⁾ Niemand zal hier te lande eraan denken, de oude Zondagswet buiten het recht te bannen, omdat aan hare voorschriften noch door de ingezetenen, noch door de overheid de hand wordt gehouden.

handeld; is dit laatste ondoenlijk of onwenschelijk, --- door gratie, amnestie, bills of indemnity enz., dus door *rechtshandelingen* en *rechtsregelen* wordt a posteriori het oude recht buiten werking gesteld.

§ 6.

Het resumé van al het voorgaande kan in deze enkele stelling worden weergegeven: het karakteristieke van het recht moet in het recht zelf en niet daarbuiten worden gezocht. Ik ontveins het mij geenszins, dat mijne conclusie iets schijnbaar onbevredigends heeft. Immers, de gebruikelijke theorieën — die explicite of implicite — den steun van het recht buiten het recht zelf zoeken, hebben dit voor boven het door mij aangewezen criterium, dat zij niet alleen het middel geven ter herkenning van het recht tusschen de andere gedragsregelen, maar tevens het *bestaan* van den rechtsregel *als gedragsregel* van een uiterlijk waarneembaar feit afhankelijk maken; mijne theorie daarentegen onderstelt reeds de wetenschap van dit bestaan en van de gronden, waarop deze berust. Is dit eene leemte? Ik meen van niet; evenals de natuurkundige of de scheikundige zich tevreden stelt met de analyse van de eigenschappen der stoffelijke lichamen, en de vraag, hoe de mensch de zekerheid verkrijgt aangaande het bestaan dier lichamen, ter beantwoording overlaat aan de philosophie, zoo stelle ook de jurist zich tevreden met de analyse van de eigenschappen dier gedragsregelen, welke blijkens

hun innerlijken samenhang tot de rechtswereld behooren, en late hij de beantwoording van de vraag, hoe wij weten of iets als gedragsregel geldt, over aan de rechtsphilosophie. — Waarom toch begaat men altijd weer de *logische* fout, om voor een deel der ethiek een *uiterlijk* kenteeken te eischen, dat men voor de ethiek in het algemeen niet noodig acht, terwijl toch ieder kenteeken, dat van de ethiek zelve is losgemaakt, nooit meer kan zijn dan een *toevallig* daarmede samengaan verschijnsel, dat geen enkelen waarborg biedt voor zijne universaliteit? Wanneer wordt erkend, dat het recht een deel is der ethiek, is het toch ondoenlijk, een zelfstandig criterium voor het bestaan van het recht te vinden, tenzij dit het criterium voor het bestaan der ethiek in zich bevat. En dit laatste op te sporen, kan toch geen taak zijn voor den jurist. De filosofie der ethiek, aan haar komt het toe, te onderzoeken, waarom de mensch een *behooren* en een *mogen* voor de menschelijke gedragingen erkent, — op welken grond het bestaan van ethische regelen moet worden aangenomen. Op dit terrein ondervindt zij dezelfde moeilijkheden als de natuurphilosophie op het hare: de vraag naar het wezen der *realiteit* heeft al evenmin op het gebied van het praktisch als van het theoretisch denken haar bevredigend antwoord gevonden. Hier gelijk ginds schijnt voor den oppervlakkigen waarnemer het antwoord voor de hand te liggen, bij dieper onderzoek wijkt het steeds meer terug. De materialist wijst op onze zintuigen als kenbron der werkelijkheid, voorbijziende dat die zintuigen zelve tot de te kennen

werkelijkheid behooren; de positivistische jurist wijst op wet en verordening als laatste kenbron van het recht, voorbijziende, dat die rechtsbronnen in ontstaan, bestaan en tenietgaan steunen op het recht zelf. Gelijk de natuurphilosoof ten slotte stuit op een niet nader te verklaren aanleg van den menschelijken geest, die dezen dwingt zijnen inhoud naar buiten als realiteiten te projecteeren, zoo stuit ook de rechtsphilosoof ten slotte op een in den mensch sprekend »gij behoort», dat zich in concrete gedragsregelen realiseert. Gelijk eindelijk de natuurphilosoof de natuurlijke verschijnselen, nadat ze als zoodanig door de vakwetenschappen zijn geordend, ook als inhoud van menschelijk bewustzijn tot éénheid tracht te brengen, zoo zal ook de rechtsphilosoof de éénheid der rechtsidee trachten te vinden in de concrete gedragsregelen, door jurist en moralist geordend.

Kan dan nog van eene *positieve* rechtsstof worden gesproken, waar haar bestaan en inhoud blijken te zweven in de nevelen der philosophische speculatie? Mits men van de positiviteit niet te veel verwacht, wordt zulk eene rechtsorde van zelve gewaarborgd door het karakter van het recht, zooals dit in de vorige bladzijden werd ontvouwd. Alle handelingen toch door het recht beheerscht, hebben beteekenis niet alleen voor ons zelve, maar ook voor anderen, — beteekenis, uit rechtsregelen blijkende: daarom kan niet aan eigen overtuiging en intuïtie geheel worden overgelaten de vaststelling van rechtmatigheid en onrechtmatigheid van eigen en anderer gedragingen; naarmate de rechtsontwikkeling voort-

schrijdt, het rechtssysteem ingewikkelder, de samenhang der regelen inniger wordt, dringt zich de behoefte naar voren aan uiterlijke overeenstemming betreffende den inhoud dier regelen. De erkenning, ten minste in daden, van de noodwendigheid eener zoodanige overeenstemming wordt een *eisch van het recht*. De inhoud dier overeenstemming is daarmede natuurlijk niet bepaald; de rechtshistorie leert ons, dat deze op de meest uitéénlopende wijze wordt vastgesteld: door geweld, uitdrukkelijke overeenkomst, stilzwijgende erkenning. De laatste vorm is de difinitieve; waar de eerste zich doet gelden, dingt hij daarmede om den voorrang, tot een erkend compromis ten slotte de oplossing geeft. Noch geweld, noch overeenkomst, noch erkenning zijn de laatste grond der positieve rechtsorde: deze is de *rechtsidee* en zij alleen. Zij evenwel dringt tot een »convenu» betreffende regelen en beginselen, dat van iedere bepaalde rechtsorde het punt van uitgang is. De inhoud van dat »convenu», tegenwoordig meestal voor een deel in grondwetten neergelegd, is nimmer eene zuivere uitdrukking der rechtsidee, — het is de fout van de school der legitimiteit, dit voorbij te zien, — van tijd tot tijd eischt juist de rechtsidee wijziging of vervanging van zijn inhoud.

AFDEELING II.

Het recht in subjectieven zin.

HOOFDSTUK II.

Recht en wil.

§ 1.

Schoon het inzicht in de tegenstelling tusschen het recht als objectieve orde en als subjectieve bevoegdheid, noch in het Romeinsche, noch in het Oud-Germaansche, noch in het Canonieke recht ontbrak, vangt toch een eigenlijk onderzoek naar het wezen dezer tegenstelling eerst aan met de school van het natuurrecht. Bij haar streven, uit enkele grondstellingen a priori een logisch in elkaar passend systeem van rechtsregelen en rechtsbegrippen op te bouwen, kon deze school niet berusten in de erkenning, dat de rechtsidee in verschillende vormen zich aan den menschelijken geest vertoont, maar zag ze zich geroepen, aan te toonen, hoe met logische noodwendigheid ieder verschijnsel in de rechtswereld uit het fundamenteele beginsel van het recht voortvloeit. Niet dadelijk werd het natuurrecht zich dit zijn eigen streven volkomen bewust; de ouderen tenminste onder zijne leeraren schijnen

geen aanstoot eraan te nemen, wanneer eene reeks logische deductiën wordt onderbroken door eene beschrijvende definitie van een nieuw aan de ervaring ontleend begrip, zonder dat wordt getracht, de plaats aan te wijzen, welke dit begrip in het logische geheel behoort in te nemen.¹⁾ Zoo ging het ook aanvankelijk met het begrip van het subjectieve recht: zijne afleiding uit het grondbegrip van het objectieve recht, als een samenstel van normen, de oorspronkelijke menschelijke vrijheid beperkend door gebod en verbod, werd niet beproefd, maar zijn inhoud eenvoudig met meer of minder nauwkeurigheid geput uit de ervaring. Zoo spreekt DE GROOT van eene »qualitas moralis. personae competens ad aliquid juste habendum vel agendum»²⁾, PUFENDORF van eene »qualitas moralis, qua recte vel personis imperamus, vel res tenemus, aut cujus vi aliquid nobis debetur».³⁾ In denzelfden trant luiden ook de omschrijvingen bij de beide COCCÉJUS⁴⁾; geen van hen evenwel wijst het logisch verband aan tusschen dit begrip en het »vinculum generis humani, quod necessitatem singulis imponit quaedam agendi, vel non agendi»⁵⁾.

Bij de lateren wordt dit anders: zoolang èene logische schakel in het systeem ontbreekt, kan de

¹⁾ Cf. FR. J. STAHL, Die Philosophie des Rechts, (1^e druk) I, pag. 93 v.

²⁾ De Jure BELLI AC PACIS, Lib. I, Cap. I, § 4.

³⁾ De Jure Naturae et Gentium, Lib. I, Cap. I, § 20.

⁴⁾ Comment. ad Grot, l. c.; SAM. DE COCCÉJUS, Dissert. praëem. ad Grot, I, § 13, X, § 4 v.; XII, (Nov. Syst. just. nat.), § 35.

⁵⁾ S. COCCÉJUS, l. c., I, § 1.

»Vernunftwissenschaft aus Begriffen» hare taak niet als afgedaan beschouwen; daarom moest ook de ontbrekende schakel tusschen objectief en subjectief recht worden gevonden, te meer, waar dit verband het uitgangspunt vormde van het geheele systeem. Zoo werd, vooral sinds het midden der 18^e eeuw, de vraag naar inhoud en afleiding van het subjectieve rechtsbegrip eene strijdvraag van de grootste beteekenis, ¹⁾ die zelfs niet met het natuurrecht een einde nam, maar het overleefde tot in den tegenwoordigen tijd.

§ 2.

In de pogingen der natuurrechtsleeraars, het vraagstuk tot oplossing te brengen, kan men in hoofdzaak twee richtingen onderscheiden: de eene leidt de rechten der menschen af uit de normen, door de objectieve rechtsorde aan hen zelve gericht, de andere uit de normen, geldende voor ieder, behalve den rechthebbende zelven; volgens de eerste opvatting is *mijn* recht al hetgeen mij niet is verboden, volgens de andere al hetgeen, waarin anderen mij niet mogen hinderen. Bovendien werd de combinatie van beide opvattingen voorgestaan, zoodat *mijn* recht zou zijn datgene,

¹⁾ P. FEUERBACH zegt van haar: »Von ihrer Beantwortung hängt das Daseyn oder nichtdaseyn der Rechtswissenschaft, ihre Möglichkeit oder Unmöglichkeit, ab, und ist als nothwendige Bedingung einer Wissenschaft der Rechte nicht bloß in theorethischer, sondern auch in praktischer Hinsicht von der äussersten Wichtigkeit. (Kritik des natürlichen Rechts, pag. 232.)

wat mij niet is verboden, voor zooverre anderen mij daarin niet mogen hinderen¹⁾.

Het kostte een critischen geest als dien van FEUERBACH weinig moeite, het onvoldoende in al deze constructies aan te toonen: waar de permissio als positieve rechtsvorm werd geloofhend, bleek het subjectieve recht in den eerstbedoelden zin niets te zijn dan eene negatie, een normenvrij vacuum, zonder eenig reëel praedicaat, dat men bovendien evengoed in de moraal als in het recht kon aantreffen, terwijl toch de moraal van subjectieve rechten niets weet²⁾; de tweede opvatting geeft nog minder dan eene negatie, wijl zij den rechthebbende geheel ongemoeid laat, alleen iets uitspreekt betreffende den rechtstoestand van anderen en niets reëels, zelfs niets negatiefs betreffende het rechtssubject zelf voorstelt. Hiermede was tevens het oordeel geveld over het syncretistische systeem, trouwens alleen door HUFELAND verdedigd: immers, tweemaal nul blijft nul³⁾.

¹⁾ Zie meer uitvoeriger hierover: P. FEUERBACH, Kritik des natürlichen Rechts, en STAHL, l. c., pag. 93 v.

²⁾ De ouderen namen wel moreele rechten aan, in den regel als *aptitudo* of *jus imperfectum* tegenover de »*facultas*» of »*jus perfectum*» van het recht geplaatst. Men zie o. a. DE GROOT, l. c., PUFENDORF, l. c., Lib. I, Cap. I, § 20, Cap. VII, § 7.

³⁾ Ik geef hier slechts de hoofdrichtingen aan, die men in allerlei nuances bij de schrijvers terugvindt. Eene min of meer zelfstandige plaats neemt de theorie van CHR. WOLFF in. Deze auteur leidt het recht onmiddellijk uit den eigen plicht af: »Cum quilibet obligationi meae satisfacere teneatur, *cuique* etiam *liberum est* ea facere, sine quibus obligationi naturali satisfacere nequit». Vandaar dat zijn weinig smaakvol systeem bestaat in eene opsomming van 's menschen plichten, uit elken waarvan dan eenige

De weg, dien FEUERBACH zelf insloeg, de afleiding van het subjectieve recht, — voorsteld als het vermogen anderen tot de nakoming hunner plichten tegenover mij te dwingen, — rechtstreeks uit de praktische rede, wikkeld hem in tegenspraak met zijn eigen grondstellingen: immers, dat dwangvermogen, als *physiek begrip* bedoeld, kon onmogelijk uit de praktische rede voortkomen, terwijl het als *rechtsbegrip* daarin evenmin zijn oorsprong kon vinden, tenzij de *permissio* ook als rechtsvorm werd erkend.

Hoe te verklaren, dat ieder schrijver het door hem gevormde rechtsbegrip als iets positiefs zich dacht, terwijl de critiek telkens weder iederen inhoud eraan wist te ontnemen? Het onklare in de onderscheiding van het feitelijk kunnen en het rechtelijk mogen, dat het natuurrecht van het begin tot het einde aankleeft, is ook hiervan de oorzaak. De oorspronkelijke menschelijke vrijheid was beurtelings *recht en feit*, naarmate ze werd gezien van uit den natuurstaat of de burgerlijke maatschappij. Welnu, dat vacuum, dat de rechtsnormen voor iederen mensch openlaten, — zoo ook het dwangvermogen van FEUER-

bevoegdheden worden afgeleid. Deze deductie gelukt hem evenwel alleen daardoor, dat hij de plichten in vage, algemeene termen omschrijft en dan alles wat tot hunne vervulling noodig kan zijn »geoorloofd» acht; zoodra men daarentegen het plichtmatige terugbrengt tot eenvoudige handelingen, valt volgens dit beginsel de plicht met de bevoegdheid geheel samen, en blijft er dus voor de vrije bevoegdheid niets over. Zie CHR. WOLFF, Institutiones Juris Naturae et Gentium § 45, 46, 47, 50, 80. Iets van dezen gedachtengang vindt men terug bij TRENDLENBURG, Naturrecht, § 45.

BACH, — het is niet anders dan een deel dierzelfde vrijheid, en kan dus volgens de eene beschouwingswijze als positief rechtsbegrip dienst doen, terwijl het volgens de andere opvatting slechts een feitelijk machtsbegrip is, als rechtsbegrip dus zonder eenigen inhoud.

§ 3.

Deze tweeslachtigheid kwam het natuurrecht nooit te boven. Eerst toen het met FICHTE, ten minste in de Duitsche litteratuur, zijn overwicht verloor, en de school van HEGEL de leiding nam, ook op het gebied van het praktisch denken, slaagde men erin uit den ouden cirkel te geraken¹⁾. Het natuurrecht had in het objectieve recht slechts een negatieven, beperkenden factor erkend en zocht toch in het subjectieve recht een positief vermogen, — HEGEL weet ééNZelfde gedachte in objectief en subjectief recht tot uitdrukking te brengen; tusschen bevoegdheid en macht weifelde het natuur-

¹⁾ V. STAHL meent, dat FICHTE den knoop reeds doorhakte, doordien hij het recht van den mensch als iets oorspronkelijks vóór de rechtsordening plaatste en deze laatste uit het eerste afleidde. Uit de boven (pag. 8 v.) geciteerde plaatsen blijkt evenwel, dat de verhouding van FICHTE's »Urrecht» tot de rechten in de burgerlijke maatschappij in dit verband geen andere is, dan die van KANT's »Willkür» of de »libertas naturalis» der ouden, terwijl daaruit tevens blijkt, dat men bij FICHTE dezelfde dubbelzinnigheid aangaande het al- of niet rechtskundig karakter van dit Urrecht aantreft als bij anderen. Zie V. STAHL, l. c., pag. 160.

recht, — HEGEL kiest onvoorwaardelijk het laatste; vrijheid en recht waren voor het natuurrecht nu eens identieke, dan weer contrasteerende begrippen, — voor HEGEL zijn ze steeds synoniem. De machts-idee, en deze uitsluitend, komt in objectief en subjectief recht beide tot verwezenlijking: de vrijheid van den absoluten wil, het *algemeene kunnen*, — het objectieve recht, — openbaart zich in het individu als *bijzonder kunnen*, — het subjectieve recht ¹⁾.

Nog in een ander opzicht was HEGEL's rechtsleer op den toekomstigen vorm van het rechtsbegrip van invloed; het *doel*, waaraan de in het recht begrepen macht dienstbaar wordt gemaakt, de bevrediging van 's menschen behoeften en neigingen, werd zonder reserve buitengesloten. Ook het natuurrecht had in zijne *rechtsdefinitie* voor dit doel geen plaats gevonden, maar zag zich toch voortdurend op de nauwe betrekking tusschen recht en menschelijke belangen aangewezen, daar het juist in eene der menschelijke neigingen, hetzij vrees, egoïsme, trek naar gezelligheid, verlangen naar vrede, of zelfs naar redelijkheid, den oorsprong van het recht meende te vinden ²⁾. Voor HEGEL daaren-

¹⁾ HEGEL, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 29: »Diesz, dasz ein Dasein überhaupt, Dasein des freien Willens ist, ist das Recht. Es ist somit überhaupt die Freiheit, als Idee«; § 41: »Die Person musz sich eine äuszere Sphäre ihrer Freiheit geben, um als Idee zu sein. Weil die Person der an und für sich seiende unendliche Wille in dieser ersten noch ganz abstracten Bestimmung ist, so ist diesz von ihm Unterschiedene, was die Sphäre seiner Freiheit ausmachen kann, gleichfalls als das von ihm unmittelbar Verschiedene und Trennbare bestimmt.«

²⁾ Zoo vindt men nog bij FICHTE: »Dasz ich etwas meinen

tegen ligt het redelijke van het recht niet in zijne beteekenis voor de menschelijke behoeften, maar alleen in het bestaan van den wil als algemeen onpersoonlijk begrip, dat zich in het persoonlijk kunnen zonder inhoud realiseert. »Das Vernünftige des Eigenthums liegt nicht in der Befriedigung der Bedürfnisse, sondern darin, dasz sich die blosze Subjectivität der Persönlichkeit auf hebt»¹⁾. Daarom blijft het menschelijk belang geheel uit het rechtsbegrip buitengesloten, en vindt het pas zijne plaats in de moraal, »Im formellen Rechte kommt es daher nicht auf das besondere Interesse, meinen Nutzen oder Wohl an». ²⁾ Men versta hieronder niet, zooals dikwijls geschiedt ³⁾, dat HEGEL zich een kunnen of willen voorstelde zonder verband met een voorwerp, waarop het is gericht: »Ich will nicht blosz, sondern ich will *etwas*; ein Wille, der nur das abstrakt Allgemeine will, will *nichts*, und ist deswegen kein Wille». ⁴⁾ Dit voorwerp werd evenwel in geen andere verhouding tot den mensch gedacht dan als machtsobject.

§ 4.

Van uit de hooge sferen der Hegeliaansche dialectiek drong het aldus gevormde rechtsbegrip door in

Zwecken unterworfen habe, ist erster Grund alles Eigenthums infolge des Begriffs vom Urrechte, . . . das Eigenthum der Objecte erstreckt sich nur auf die Erreichung dieser Zwecke.» Naturrecht, II, § 18.

¹⁾ l. c., § 41, Zusatz.

²⁾ l. c., § 37.

³⁾ Zie o. a. JELLINEK, System der subj. öffentl. Rechte, pag. 40.

⁴⁾ l. c., § 6, Zusatz.

de juridische litteratuur, zoodat dan ook in den regel HEGEL de vader van het wils- of machtsdogma in de rechtswetenschap wordt genoemd. ¹⁾ Als zijn vaandrager trad het eerst de historische school op met hare beide corypheeën V. SAVIGNY en PUCHTA aan het hoofd. Zoo leert V. SAVIGNY, (Sytem, I, pag. 7): »Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgiebt und durchdringt, so erscheint uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Willen herrscht, und mit unsrer Einstimmung herrscht. Diese Macht nennen wir *ein Recht* dieser Person, gleichbedeutend mit Befugnisz: Manche nennen es das Recht im subjectiven Sinn». ²⁾ PUCHTA, (Cursus der Institutionen I, § 6): »Wir gebrauchen das Wort Recht ¹ für den allgemeinen Willen, den Willen der Gesamtheit, ² für den Willen des Einzelnen, sofern er jenem allgemeinen Willen entspricht, für die Herrschaft oder Macht, die der Person über einen Gegenstand gegeben ist.» ³⁾ In denzelfden trant luiden de omschrij-

¹⁾ Cf. THON, Rechtsnorm und subjectives Recht, pag. 1. Of ook niet aan SCHELLING een deel der eer toekomt, acht ik van minder belang, daar de Duitsche rechtswetenschap in ieder geval *blijvend* niet onder den invloed van SCHELLING, maar van HEGEL heeft gestaan. Cf. E. HÖLDER, Ueber obj. und subj. Recht, pag. 7 v. Waarop de meening van HÖLDER berust, dat PUCHTA niet onder den invloed van HEGEL, wel onder dien van SCHELLING heeft gestaan, is mij onbekend; zeker is, dat geen jurist trouwer dan PUCHTA de Hegliaansche leer verkondigt.

²⁾ Vergel. ook I, pag. 334: »Das Wesen des Rechtsverhältnisses.... ein Gebiet unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens».

³⁾ Vergel. ook l. c., I, § 4, § 29, § 58; Pandekten, § 29 v.

vingen bij KIERULF ¹⁾, V. KELLER ²⁾, ARNDTS ³⁾, e. a.

Toch deed zich allengs de invloed der nuchterder juridische beschouwingswijze gevoelen. Vooreerst reeds in de handhaving der aloude, door HEGEL verworpen, onderscheiding tusschen zakelijke en persoonlijke rechten. Voor HEGEL bestaat slechts de persoon en de hem tegenovergestelde vrijheidssfeer, zijn eigendomsrecht; de individuen bestaan slechts in zooverre voor elkander als allen zulk eene vrijheidssfeer bezitten, allen eigenaren zijn. Het zoogenaamde persoonlijke recht is nooit een recht op den persoon, maar alleen op zijn eigendom, waaronder de macht over zijn eigen lichaam, als iets van hemzelf onderscheiden, is begrepen. Niet eerst door de levering, maar reeds door de overeenkomst gaat dan ook de eigendom over, wijl van dat oogenblik af de machtsfeer van den een ten koste van den ander wordt verruimd ⁴⁾. Ofschoon nu sommige juristen, waar-

¹⁾ Theorie des gem. Civilrechts, pag. 154: »das Recht wirft die Form abstracter Allgemeinheit ab, welche es als Gesetz noch hat: *das* Recht wird *ein* Recht».

²⁾ Pandekten I, § 16.

³⁾ Grundriss der Jur. Enc., § 11, 12, 49, 53.

⁴⁾ »Jede Art von Rechten kommt nur einer Person zu und objectiv ist ein Recht aus dem Vertrage nicht Recht an eine Person, sondern nur an ein ihr Aeusserliches, oder etwas von ihr zu veräusserendes, immer an eine Sache. . . . Die Person sich von sich unterscheidend verhält sich zu einer andern Person und zwar haben beide nur als Eigenthümer für einander Dasein. Ihre an sich seiende Identität erhält Existenz durch das Uebergehen des Eigenthums des einen in das des andern mit gemeinsamen Willen und Erhaltung ihres Rechts im Vertrag.» (I c., § 40.) »Durch die Stipulation habe ich ein Eigenthum und besondere Willkür darüber aufgegeben, und es ist bereits Eigenthum des anderen geworden.» (§ 79).

onder vooral PUCHTA ¹⁾, in hunne uiteenzettingen zich dicht aan deze leer aansloten, bleef toch algemeen de oude onderscheiding in de rechtswetenschap gehandhaafd. Den jurist leek de lichamelijke zaak en de menschelijke handeling soortelijk genoeg verschillend, om op dat onderscheid eene vruchtbare indeeling der rechten te gronden. Zoo wijst V. SAVIGNY uitdrukkelijk op het verschillend karakter van de rechtelijke macht over de onvrije natuur en over »dem Wollenden gleichartigen Wesen»: de eerste kan totale beheersching zijn, de laatste nooit; deze laat zich, zonder vernietiging der persoonlijke vrijheid, slechts denken als eene macht in eene bepaalde richting, over eene enkele handeling. Daarom zijn dan ook geenszins alle rechten, rechten op zaken, — zooals nog PUCHTA leerde, ²⁾ — maar staan de zakelijke rechten in scherpe tegenstelling tot de persoonlijke ³⁾.

Deze afwijking van de Hegliaansche leer was van niet gering belang: zij deed, waar HEGEL de in het

¹⁾ »Das Vermögensrecht bestimmt die Verhältnisse, welche sich auf die Dinge beziehen, theils insofern sie der rechtlichen Macht einer Person unterworfen sind, theils sofern sie in ihre Macht erst gebracht werden sollten. Der juristische Name für jene Dinge der äussern Natur ist *Sache*, die Sache ist daher die Grundlage des Vermögens, und Vermögen ist die Gesamtheit der Rechte einer Person, die entweder in der Macht über eine Sache bestehen, oder in dieser ihre Aequivalent finden». Pandekten, § 34

²⁾ Zie vorige noot.

³⁾ V. SAVIGNY, I. c., I, § 53; ARNDTS, I. c., § 53; V. KELLER, I. c., § 16. Vgl. ook KUNTZE, Die obligation, § 29: »gleichwie das dingliche Recht eine *Sache* zum Rechtsobject hat, so ist das Object des obligatorischen Rechts eine durch die Obligation künstlich individualisirte, fixirte Handlung des Schuldners.»

recht begrepen macht uitsluitend in verband beschouwde met haar *subject*, — als zijn principium individuationis, — meer de aandacht vestigen op den aard dier macht met betrekking tot haar *object*. Een nader onderzoek in die richting leidde weder tot de erkenning van de uniformiteit dezer macht, intusschen in juist tegenovergestelden zin dan HEGEL ze had verkondigd: niet alleen de persoonlijke, ook de zakelijke rechten verschaffen ons alleen macht over personen, »jedes Rechtsverhältniss erscheint uns als eine Beziehung zwischen Person und Person, durch eine Rechtsregel bestimmt» ¹⁾. Immers, de macht over de onvrije natuur buiten ons, voor zooverre deze alleen wordt gedacht als eene betrekking van mensch tot zaak, vloeit niet voort uit den wil van den wetgever, wordt niet door het recht beschermd, ze is een physisch verschijnsel, aan de natuurwetten onderworpen: het recht weert niet den bliksem van mijn huis, noch het roofdier van mijne kudde ²⁾. Het recht verleent mij slechts macht over eene zaak, voor zooverre die macht wordt gedacht als vermogen om anderen van het beheerschen dierzelfde zaak uit te sluiten. Het zakelijk, zoowel als het persoonlijk recht is dus eene macht tegenover personen, te onderscheiden naar gelang ze is gericht op ieder ander dan den rechthebbende of op een bepaaldelijk verbonden persoon.

Eigenaardig treedt deze veranderde opvatting aan

¹⁾ V. SAVIGNY, I. c., I, § 52. De meer uitvoerige uiteenzetting in § 53 is hiermede in strijd.

²⁾ Cf. V. D. SCHEY in GRÜNHUT's Zeitschrift, VII, pag. 758.

het licht bij Windscheid. Tot in den 3^{en} druk van zijn Leerboek zoekt hij den inhoud van het zakelijk recht alleen in de heerschappij over een «onpersoonlijk stuk der buitenwereld» en leidt de bevoegdheid, van anderen iets te verlangen, slechts als eene consequentie uit deze macht af; ¹⁾ in den 4^{en} druk heet het reeds: »im letzten Resultate zwar ist Dasjenige, für welches der berechtigte Willensinhalt die entscheidende Norm bildet, bei allen Rechten Ein- und Dasselbe, nämlich der Wille der dem Berechtigten gegenüberstehenden Personen», maar toch blijft noch de lichamelijke zaak »der nächste und unmittelbare Gegenstand» van het zakelijke recht in tegenstelling van de persoonlijke rechten, »deren Gegenstand unmittelbar eine fremde Person ist» ²⁾; in den 5^{en} druk begint hij reeds over te hellen tot de nieuwere richting in de litteratuur, vooral vertegenwoordigd door LENEL, ³⁾ SCHLOSSMANN, ⁴⁾ en THON, ⁵⁾ volgens welke ook in het zakelijk recht de verhouding van het subject tegenover de zaak geheel kan worden losgelaten, om alleen de betrekking tot personen te behouden ⁶⁾; eindelijk in den

¹⁾ I, § 43.

²⁾ I, § 38, 40—43.

³⁾ Exceptionen, pag. 10 v.

⁴⁾ Der Vertrag, pag. 243 v. Het zakelijk recht is voor SCHLOSSMANN niets dan een »terminologisches Hilfsmittel»; het wezenlijke is niet wat men gewoonlijk het recht noemt, maar alleen de »Ansprüche» tegen derden.

⁵⁾ I. c., III, IV.

⁶⁾ I, § 43 noot. Zoo ook BRUNS in Holtz. Enc., (4^{de} dr.) pag. 408 en v. D. SCHEIJ in GRÜNHUT's Zeitschrift, VII, pag. 759. LENEL

8^{en} druk plaatst hij deze algemeene omschrijving van het subjectieve recht voorop: »ein Recht auf ein gewisses Verhalten, Thun oder Unterlassen der dem Berechtigten gegenüber bestehenden Personen», terwijl de inhoud van het zakelijk recht als «eine unbegrenzte Vielheit von Ansprüchen» wordt weergegeven. ¹⁾

§ 5.

De macht over de redelooze wereld buiten ons was dus uit het rechtsbegrip gebannen, alleen de macht over personen bleef over. Intusschen, wilde men niet in de oude fout vervallen, zoo was vóór alles noodig, dit laatste machtsbegrip zóó te omschrijven, dat het verschil in karakter met het

heeft intusschen later zijne vroegere constructie weer opgegeven. Zie IHERING's Jahrb., XIX, 1881, pag. 168, noot.

¹⁾ I, § 38—43. Geheel trouwens laat WINDSCHEID de lichamelijke zaak nog niet varen; uit de wijze waarop hij ze tracht te behouden, blijkt evenwel, dat hij er in zijne nieuwe leer geen plaats voor kan vinden: »Dingliche Rechte sind diejenigen Rechte, kraft deren der Wille des Berechtigten maszgebend ist für eine Sache. Das ist nicht so zu verstehen, alsob es die Sache sei, welcher die Rechtsordnung in der Verleihung eines dinglichen Rechts Unterwerfung gebietet. Das hätte keinen Sinn. Alle Rechte bestehen zwischen Person und Person, nicht zwischen Person und Sache. Sondern es soll damit gesagt sein, dasz der Wille des dinglich Berechtigten maszgebend ist für das Verhalten *in Betreff* der Sache, d. h. (!) für das Verhalten eines Jedweden, nicht für das Verhalten Dieses oder Jenen!»

eerste duidelijk aan het licht trad. Immers, voor zover de eene mensch een voorwerp is van onmiddellijke beheersching door een ander, is de betrekking tusschen beiden geen andere dan die tusschen mensch en zaak, alzoo evenals deze, buiten het gebied van den rechtsregel gelegen.

Von SAVIGNY had de tegenstelling tusschen de macht over de zaak en over den mensch meenen te redden, door bij de eerste eene algeheele heerschappij, bij de laatste slechts eene macht over eene enkele handeling aan te nemen; maar in zijn systeem zijn er ook tal van zakelijke rechten, die geen volkomen beheersching, doch slechts beheersching in eene bepaalde richting omvatten, terwijl bovendien de rechtstreeksche beheersching eener menschelijke handeling de vrijheid en de persoonlijkheid van den beheerschte voor die handeling te niet doet. Het begrip der menschelijke handeling zelve — als berustend op zelfbepaling — sluit zulk eene rechtstreeksche beheersching uit ¹⁾. De tegenstelling ligt dieper: eerst, waar de mensch *als persoon*, in casu als *wilssubject*, tegenover andere wilssubjecten wordt geplaatst, is heerschappij van den een over den ander, soortelijk verschillend van die van mensch over zaak, denkbaar. De laatste is feitelijke macht, een physiek verschijnsel, aan de natuurwetten onderworpen, de eerste heerschappij van wil over wil ²⁾, doordien de inhoud van den eenen wil geldt als motief bij de overigens vrije bepaling van den anderen —

¹⁾ Cf. G. HARTMANN, Die Obligation, pag. 32.

²⁾ Buitengesloten is natuurlijk ook de absoluut fysieke dwang.

een motief, dat zijne kracht ontleent aan de objectieve rechtsorde ¹⁾).

Wiens wil is het nu, welks heerschappij in het subjectieve recht te voorschijn treedt, die van den rechthebbende zelven of de hoogere wil van de rechtsorde? Dat voor *beider* wil in het subjectieve recht eene plaats moest worden aangewezen, sprak van zelf, — de vraag was slechts, hoe men zich hunne functies verdeeld moest denken. Is het de individueele wil, die, dank zij de ondersteuning der rechtsorde, over den verbondene heerscht, of is het de wil van de rechtsorde zelve, die slechts in zooverre den individueelen wil in zich opneemt, als van het aanwezen of de uiting daarvan, het ontstaan of de doorvoering harer bevelen afhankelijk is gemaakt. Aanvankelijk was de eerste opvatting vrijwel de algemeene: de wil van den rechthebbende wordt dan door dien der rechtsorde gesteund, wanneer beide met elkander overeenstemmen; vandaar de definitie van het subjectieve recht door KIERULFF ²⁾ gegeven als »die concrete Einheit des Staats- und Einzelwillens» ³⁾. Zoo is ook voor BRINZ ⁴⁾, BEKKER ⁵⁾, WINDSCHEID, (tot in den

¹⁾ Cf. SOHM in GRÜNHUT's Zeitschr. IV, pag. 472. »Die früher vielfach behandelte Frage, wie die Obligation mit der Freiheit des Schuldners vereinbar sei, löst sich dahin, dass die Freiheit des Schuldners durch die Obligation nicht beschränkt, sondern vielmehr anerkannt wird».

²⁾ Theorie des gemeinen Civilrechts, I, pag. 154.

³⁾ Ook door BINDING aanvaard: Die Normen, (2^e druk,) I, pag. 303.

⁴⁾ GRÜNHUT's Zeitschrift I, pag. 11 v.; Pandekten, II, § 208. BRINZ meent dat men niet alleen aan de onderworpenheid van den *wil* van den schuldenaar, maar van zijn geheelen persoon, vooral als vermogenssubject, heeft te denken.

⁵⁾ JHERING's Jahrb., XII, pag. 5, 7, 69.

5^{en} druk) ¹⁾, BRUNS ²⁾, de verbintenis reële wilsmacht van den schuldeischer over den schuldenaar. Hetzelfde standpunt nemen LÉNEL ³⁾, WACH ⁴⁾, en BIERLING ⁵⁾ betreffende persoonlijke en zakelijke rechten in.

SOHM was een der eersten, die tegen deze leer te velde trokken, betoogend, hoe noch in het persoonlijke recht zelf, noch in de actie, noch in de executie van eenige reële wilsmacht van schuldeischer over schuldenaar sprake is ⁶⁾; er bestaat slechts de verplichting van den schuldenaar, krachtens het gebod der rechtsorde. THON ⁷⁾ werkte deze gedachte uitvoerig uit, daarbij zich op het standpunt plaatsend, dat de aard der macht met betrekking tot haar object in persoonlijk en zakelijk recht niet verschilt, en tevens trachtend de leemte aan te vullen, die in SOHM's uiteenzettingen was gebleven, namelijk de aanwijzing van het verband

¹⁾ I. c. en II, § 250.

²⁾ HOLTZ. Enc. (4^e druk), pag. 408.

³⁾ Ueber Ursprung und Wirking der Exceptionen, pag. 5.

⁴⁾ Gerichtssaal, XXV, pag. 450.

⁵⁾ Kritik der Jurist. Grundbegriffe, § 137 v.; Juristische Principienlehre, I, § 9—12.

⁶⁾ Des Begriff des Forderungsrechts, GRÜNHUT's Zeitschr., IV, pag. 457 v. Betreffende de zakelijke rechten blijft hij geheel op het oude standpunt: »Das Wesen des Sachenrechts ist Macht, das Wesen des Forderungsrechts ist Ohnmacht». Zoo ook thans nog LABAND, Staatsrecht des Deutschen Reiches, (4^e dr.) I, § 8, pag. 64: »Das Privatrecht kennt eine Herrschaft nur über Sachen; . . . freien Personen gegenüber kennt es nur Forderungen, welche kein Zwangsrecht gegen den Schuldner enthalten und die nicht die Rechtsmacht in sich schliessen, ihm etwas zu befehlen. In obligatorischen Verhältnissen sind Gläubiger und Schuldner einander gleich geordnet, der Gläubiger hat keine Macht über den Schuldner».

⁷⁾ I. c.

tusschen de verplichting en den daartegenover gerechtigden persoon. Onder THON's invloed komt ook WINSCHIED in den 6^{en} druk van zijn werk ¹⁾ tot de overtuiging, dat de macht die door het subjectieve recht 's menschen wil beheerscht, nooit kan zijn de macht van een gelijk geordenden wil, maar alleen die van een hooger wil, — den Staatswil. De laatste, de Staatswil, welke ook de grond zijner verbindbaarheid zij, hij alleen kan rechtsplichten in het leven roepen krachtens zijn hoogheidsrecht tegenover de onderdanen; zijne bevelen zijn het, die den inhoud van het subjectieve recht vormen, en die tot een recht voor de individuen alleen daardoor worden, dat de Staat hunne werking afhankelijk maakt van den individueelen wil. Trouwens, zoo meende men, alleen de Staatswil, niet de individueele wil bezit de continuïteit, in het subjectieve recht gevorderd ²⁾; het recht kan bestaan, terwijl de individueele wil geheel ontbreekt, — kinderen, krankzinnigen, — het kan worden verworven, vóór zijn subject iets er van weet, — nalatenschap, — het bestaat voort, ook al is de individueele wil tijdelijk afwezig, — slapenden. Dit laatste bezwaar trachtte de tegenpartij op allerlei wijze te ondervangen: zoo stelde WINDSCHEID aanvankelijk voor den werkelijken wil een stuk geobjectiveerden wilsinhoud in de plaats: »die Rechtsordnung hat von einem concreten Willensinhalt

¹⁾ l. c.

²⁾ Dat de Staat zulk een voortdurenden wil bezit, gericht op de handhaving der rechten, wordt zonder meer aangenomen; dat slechts door eene juridische fictie of abstractie tot zulk een wil is te besluiten, wordt voorbijgezien.

ausgesprochen, dasz er maszgebend sei» ¹⁾, LENEL acht een »stillschweigendes Verlangen des Berechtigten» voldoende ²⁾. WACH stelt »die individuelle rechtlich abgegrenzte Willensherrschaft» tegenover »den wirklichen Willen» ³⁾, terwijl BIERLING spreekt van een »blosz latent vorhandenen Willen», of elders zijne toevlucht neemt tot eene »feste bleibende Fiction» ⁴⁾.

Door dergelijke vage, niet nader te preciseeren termen, redt men evenwel geen constructie, waaraan de hoofdbasis blijkt te ontzinken: eene fictie, hoe men over haar nut bij den tegenwoordigen stand der rechtsontwikkeling ook denke, is toch, als middel ter wetenschappelijke verklaring, ten slotte niets anders dan eene verholen bekentenis van onvermogen ⁵⁾. Consequent doorgedacht vindt men in het subjectieve recht, zoo men het als een geheel van bevelen zich wil denken, geen andere bevelen dan die van den wetgever, welke dáárdoor tot het eigen worden van den rechthebbende, dat zij zijn wil als eene voorwaarde inhouden. »Der Schutz durch staatliche Normen ist lediglich Staatswille.» ⁶⁾.

¹⁾ I. c. (5^e druk,) I, § 37.

²⁾ I. c. pag. 5.

³⁾ Gerichtssaal, XXV, pag. 450.

⁴⁾ Jur. Principienlehre, I, pag. 122, 168.

⁵⁾ Vgl. over dit alles THON, I. c. pag. 118 v.; BINDING, Die Normen, (2^e druk) pag. 262 v.; WINDSCHEID, (7^e druk), I, § 37, noot 3.

⁶⁾ THON, pag. 148.

§ 6.

Met deze slotsom was nog het laatste woord niet gezegd; nog diende te worden onderzocht, welke normen het zijn, die in het subjectieve recht den rechthebbende te zijner beschikking worden gegeven: òf wel de primaire, onvoorwaardelijke rechtsvoorschriften, welke het belang van den rechthebbende beschermen door geboden en verboden aan anderen, òf wel de secundaire, voorwaardelijke normen, wier gelding afhankelijk is gesteld van de overtreding der eerstgenoemde. Beiderlei opvatting vindt hare verdedigers, de eerste wordt door WINDSCHEID ¹⁾ in den laatsten druk, de andere door THON ²⁾ voorgestaan.

Geen van beide opvattingen beantwoordt geheel aan de werkelijkheid; tegen de eerste laten zich dezelfde bezwaren aanvoeren, die gelden tegenover de oude leer, welke het recht als rechtstreeksche individueele wilsmacht beschouwde. Zoo de staatsnormen, die het individueele belang beschermen, voor hare gelding afhankelijk waren van den wil van den rechthebbende, lieten zich geen rechten en corresponderende plichten denken, dan bij aanwezigheid en voortduren van den op doorvoering dier normen gericht individueelen wil. Nu is het waar, dat bij vele — niet alle — rechten de wil van den rechthebbende van invloed is op de gelding dier normen, in zooverre zij buiten werking kunnen worden gesteld door eene wilsuiting,

¹⁾ l. c.

²⁾ l. c., V.

daarop gericht; dit neemt echter niet weg, dat die normen ontstaan en voortbestaan, niet uit kracht van den individueelen wil, maar alleen uit kracht van den Staatswil. ¹⁾ De rechtsregelen, die mijn eigendom beschermen, zijn reeds bindend ook vóór en zonder, dat ik dienaangaande mijn wil heb verklaard; de verplichting, aan eene verbintenis te voldoen, bestaat reeds van het oogenblik, dat de verbintenis is ontstaan, niet eerst, wanneer hare nakoming wordt gevorderd, -- getuige de verjaring. Maar ook het meerendeel der bovengenoemde secundaire normen staat in dit verband met de primaire op ééne lijn, wijl ook zij gelden onafhankelijk van den wil van hem, wiens recht is geschonden: de verplichting tot schadevergoeding bij niet nakoming ener verbintenis of schending van een zakelijk recht is in dit opzicht even onvoorwaardelijk als de verbintenis zelve of de verplichting tot teruggave der onrechtmatig bezeten zaak of tot opheffing der ongeoorloofde stoornis. Eerst de secundaire verplichting van de Staatsorganen, om tegen den overtreders der primaire normen op te treden, ten einde hem tot voldoening of herstel te dwingen, is afhankelijk van den wil van hem, wiens belang door de overtreden normen werd beschermd. Daarnevens dient dan evenwel in het oog te worden gehouden, vooreerst dat deze verplichting ook kan bestaan zonder voorafgaande overtreding der primaire normen, — voor de ontvankelijkheid der actie is het in gebreke zijn van den schuldenaar volstrekt niet

¹⁾ In de terminologie van de aanhangers der wilsleer.

altijd een vereischte, — vervolgens, dat er ook enkele secundaire normen zijn, niet gericht aan de Staatsorganen, maar aan den overtreder der primaire normen zelf, wier werking in den wil staat van hem, wiens recht is geschonden, — men denke bijv. aan de verplichting tot het betalen van mora-toire interessen. Hoe het precies met dit alles is gesteld, daarover kunnen alleen de positieve voorschriften van iedere wetgeving een antwoord geven.

Met deze laatste restricties kan men THON's leer als de zuiverste consequentie van het wilsdogma beschouwen: de macht die de rechtsorde in het subjectieve recht aan het individu schenkt, bestaat dus in het vermogen, — in den regel eerst aanwezig bij schending van de het individueele belang beschermende normen, — om andere normen, — in den regel gericht aan de Staatsorganen, — te doen in het leven treden, ten einde zodoende voldoening aan de eerste normen of een aequivalent daarvoor te verkrijgen. »Das subjectieve Recht wird durch die Verheissung eventueller Ansprüche begründet; es besteht in der Aussicht auf solche. Oder genauer, es erwächst für den durch die Normen geschützten aus der Bestimmung des objectiven Rechts, wonach ihm für den Fall der Uebertretung der ersteren, zur Verwircklichung des Gebotenen oder Wieder-aufhebung des Verbotenen ein Mittel, der Anspruch, gewährt wird». ¹⁾

Is THON's leer de zuiverste consequentie van het wilsdogma te noemen, wijl zij zonder aarzelen

¹⁾ THON, l. c., pag. 218.

uit het rechtsbegrip verwijderd, al wat niet in dit dogma past, — tot welke conclusie voert ze? Mijns inziens tot geen andere dan de identificering van recht met actie. THON spreekt deze gelijkstelling wel nergens uitdrukkelijk uit, maar ze ligt in zijn stelsel opgesloten. Noch het belang, noch het genot, noch het mogen, noch de normen-bescherming behooren volgens hem in het begrip van het subjectieve recht te huis: m. a. w. alles, wat aanwezig kan zijn, vóór de »Anspruch» is geboren, wordt uit de rechtsdefinitie gebannen. Eene voorwaardelijke macht, een toekomstige »Anspruch», daarin zou het subjectieve recht geheel opgaan ¹⁾. Dit praedicaat der »toekomstigheid» kan evenwel moeilijk tot de essentialia van het begrip behooren, wijl toch door het geboren worden der actie het recht zelf niet verdwijnt, ook wanneer geen nadere toekomstige acties meer zijn te wachten ²⁾. Plaatsen wij nu deze leer naast het gewone juridische spraakgebruik, zoo toont ons de vergelijking, dat volgens haar datgene, wat men gewoon

¹⁾ THON's verhandeling is over 't geheel min of meer verward: eensdeels onderscheidt hij private en publieke rechten, anderdeels schijnt het private recht, waar trouwens alleen de »Anspruch» volgens THON kan voorkomen, als *het* subjectieve recht bij uitnemendheid te worden beschouwd. Nergens vindt men, of en zoo ja, welk element de private en publieke rechten gemeen hebben, terwijl het toch juist op dit gemeenschappelijk element aankomt, zoo men eene algemeene bepaling van het subjectieve recht wenscht te geven. Zeer eigenaardig is ook THON's methode, om door de studie van de tegenstelling tusschen private en publieke rechten tot de gezochte begripsbepaling van het subjectieve recht te geraken.

²⁾ Zooals bij vele persoonlijke rechten het geval is.

is subjectief recht te noemen, als subjectief begrip niet bestaat ; — dat rechtskrenking geen krenking is van subjectief recht, maar slechts overtreding van den objectieven regel ; — dat rechtsuitoefening alleen bestaat in het instellen der actie, en dat dus in den idealen rechtstoestand, waarin ieder vrijwillig de rechten van anderen eerbiedigt, niemand ooit tot verwezenlijking zijner rechten zou komen ! Het was niet te verwonderen, dat met het oog hierop een volgeling van THON, met een weinig meer gevoel voor het gewone spraakgebruik, het openlijk zou uitspreken, dat, daar THON's rechten geen rechten zijn, het begrip van het subjectieve recht in de rechtswetenschap moet worden opgegeven en deze zich voortaan met den rechtsplicht alleen zal moeten tevreden stellen ¹⁾.

§ 7.

Ziedaar dus de wilstheorie in hare laatste consequentie doorgevoerd: de loochening van het subjectieve recht ! Het kon niet anders. Sinds het streng Hegliaansche standpunt werd verlaten, sinds de begripsmatige identiteit van algemeenen en bijzonderen wil niet langer werd erkend, de laatste niet meer

¹⁾ Zie DUNCKER, Die Besitzklage und der Besitz, aangehaald door WINDSCHEID l. c. (7^{de} druk), pag. 89, noot. Eigenaardig is, dat Mr. J. v. IDSINGA, ook het subjectieve recht loochenende, en, *zonder bewijs*, slechts de »subjectieve verplichting» als den »eigenlijken inhoud van het recht» erkennende, zijne opvatting valt *tegenover* het natuurrecht en de school van HEGEL. (Adm. Rechtspraak, I, pag. 167 v.)

als manifestatie van den eersten, maar als zelfstandig begrip daarnevens werd geplaatst, was ook de noodwendige samenhang tusschen beide en daarmee tusschen objectief en subjectief recht verbroken. Toen men daarna toch eraan bleef vasthouden, in objectief en subjectief recht alleen de wilsidee verwezenlijkt te zien, kon het niet anders, of men moest na eenig ronddolen komen tot de erkenning, dat het ook dan slechts éénzelfde wilsidee kon wezen, die deze logisch samenhangende begrippen doordringt. Daar voorts het objectieve recht — de algemeene wil — tot basis der deductie werd gekozen, moest ook de slotsom wezen, dat alleen *deze* in het subjectief recht te voorschijn treedt, m. a. w. dat er slechts rechtsplichten zijn. Wel trachtte men ook een verband te zoeken tusschen individueelen en den algemeenen wil, dat den eersten niet in den laatsten deed opgaan, — en inderdaad deed men hierbij eene belangrijke vondst: het *juridisch kunnen*, — doch, schoon dit *kunnen* het subjectieve recht als regel blijkt te vergezellen, — het subjectieve recht zelf is het niet, maar eene rechtsfiguur, waaraan in het systeem eene plaats moet worden toegekend, veel grooter dan die, welke zij inneemt als begeleidster van het private subjectieve recht.

HOOFDSTUK II.

Recht en belang.

§ 1.

Hierboven (pag. 75) werd uiteengezet, hoe HEGEL's filosofie niet alleen de idee der *bevoegdheid* maar ook het element van het *belang* geheel uit de rechtsidee had verwijderd en voor het laatste alleen een plaatst had aangewezen in wat HEGEL noemde »de moraal». Zoowel in de formeele rechtsdefinitie als ter filosofische verklaring van het recht meende HEGEL wenschen, behoeften en belangen geheel buiten beschouwing te kunnen laten, met de verwezenlijking der vrijheid als idee kon iedere rechtsleer hare taak als afgedaan rekenen. Ook in dit opzicht vond hij in de historische school eene trouwe volgeling. Niet, dat deze HEGEL's filosofische beschouwingen als zoodanig overnam, — eerder was ze van iedere abstracte filosofie afkeerig, — maar, voor zooverre vele zijner slot-sommen voor de algemeene constructie van het recht van beteekenis waren, werden ze als vanzelf sprekende waarheden aan het systeem ten grondslag gelegd of daarin gevoegd. Zoo kon het gebeuren, dat die rechtsschool, die meer dan eenige andere

door de haar kenmerkende methode op het verband tusschen recht en menschelijke behoeften werd gewezen, voor dit verband slechts oog had, waar het gold de historische ontwikkeling der rechtsinstituten te volgen, en tegelijkertijd het geheel ter zijde liet bij de vaststelling van hunnen vorm en inhoud. *Recht* was *macht*; het *doel*, waarvoor die macht moest dienen of werd gebruikt, was voor zijn juridischen inhoud onverschillig.

Deze opvatting mocht zich langen tijd vrijwel in de alleenheerschappij in de juridische litteratuur verheugen. Alleen de z. g. KRAUSE-Ahrensche school nam tegenover haar een zelfstandig standpunt in en handhaafde het *doel* als materieel element in iedere rechtsbetrekking, zonder in dit opzicht evenwel op de juristen invloed van beteekenis uit te oefenen. Tot eene strijdvraag werd het zoogenaamde *belangendogma* eerst, toen VON IHERING zijne machtige stem daarvoor verhief. Aanvankelijk was deze met den stroom medegegaan als ijverig verdediger van het wilsdogma: »Der Inhalt eines jeden Rechtsverhältnisses, wenn man dasselbe des Beiwerks entkleidet und auf seinen juristischen Kern zurückführt, ist *Willensmacht*, *Herrschaft*, die Unterschiede der Rechtsverhältnisse sind Unterschiede der Herrschaft», zoo heet het in den eersten druk van zijn meesterwerk; iets anders dan het wilselement in de rechtsdefinitie op te nemen, acht hij zelfs »wahrhaft absurd» ¹⁾. Later wordt dit anders en is het juist

¹⁾ Geist des römischen Rechts, II, 1^o Abth., pag. 143 v. Eigenaardig mag het heeten, dat V. IHERING in de verdere uitgaven

IHERING, die den strijd tegen het wilsdogma aanbindt ter verdediging van de juridische beteekenis van het menschelijk belang. Na reeds in den tweeden druk van bovengenoemd werk bij de constructie van het subjectieve recht het belang in de plaats van den wil te hebben gesteld, voelt hij zich geroepen, de doorvoering van de gedachte, dat het doel »de schepper» is van het geheele recht, van iederen rechtsregel, zich tot levenstaak te stellen¹⁾. Sinds dien werd in de Duitsche litteratuur de vraag »wil of belang» een strijdvraag, ten opzichte waarvan geen schrijver verzuimt partij te kiezen. Nadat in het voorgaande de wiltheorie in hare ontwikkeling is beschreven, volgt daarom thans eene critische bespreking van het belangendogma, in zoover dat op de begripsbepaling van het subjectieve recht van invloed is geweest. Deze bespreking zal tevens de gelegenheid geven, van eene andere zijde de onhoudbaarheid der wiltheorie aan te toonen.

§ 2.

»Daraus, dass mein Wille sich nicht weiter erstrecken kann, als der allgemeine, folgt nicht, dasz letzterer nicht weiter reichen kann, als der meinige, m. a. W. dasz ich nicht ein Recht haben

van zijn werk deze beschouwing onveranderd overnam, niet-tegenstaande hij in het 3^e deel geheel ervan was afgeweken. Over 't algemeen acht ik het 2^e deel van zijn werk moeilijk met het 3^e in overeenstemming te brengen.

¹⁾ Der Zweck im Recht, Vorrede.

kann, welches nicht in meinem eigenen, sondern im Willen des Gesetzes seinen Grund hat» ¹⁾. — Met deze woorden neemt VON IHERING stelling tegen de grondgedachte van HEGEL, de éénheid van algemeenen wil en individueelen wil. Deze beide gescheiden zijnde, gaat hij nu niet, gelijk de voorstanders der wilstheorie, een middel zoeken om het verbroken verband op andere wijze te herstellen, maar hij legt het verband tusschen algemeenen wil en be-rechtigd individu in een nieuw element, — het doel, dat het objectieve recht met zijne normen beoogt, het individueel belang. Het objectieve recht blijft dus *wil*, *macht*, maar niet meer doelloos, zijne rechtvaardiging vindend in zich zelf, neen, veeleer dienstbaar aan de menschelijke behoeften en in die dienstbaarheid zijne rechtvaardiging vindend. Tot subjectief recht wordt verheven ieder menschelijk belang, dat in de normen van het objectieve recht zijne bescherming vindt: »Rechte sind rechtlich geschützte Interessen.»

Langs den inductieven weg worden dan deze stellingen geadstrueerd, of liever wordt de onhoudbaarheid der bestreden leer aangetoond. Tal van verschijnselen uit het rechtsleven blijven, volgens VON IHERING, voor hem, die in het recht niets ziet dan wilsmacht, onoplosbare raadselen. Voor-eerst voert hij aan de oude »crux» der wilstheorie: de rechten van willoozen, kinderen, krankzinnigen; ook zonder wettelijken vertegenwoordiger kunnen zij rechten bezitten. Bij hen een »potentieelen»,

¹⁾ VON IHERING, Geist des römischen Rechts, (3^e druk) I, pag. 320.

»toekomstigen» of »fictieven» wil aan te nemen, acht hij slechts eene uitvlucht, die hare eigen zwakheid verraadt. Vervolgens wordt de wettelijke vertegenwoordiging in het veld gevoerd: de wilsmacht, hoe men deze ook construeere, berust daar bij den vertegenwoordiger, niet bij den pupil of curandus, — toch is de laatste de rechthebbende, de eerste niet. Waarom voorts kent de wet geen rechtsgevolgen toe aan iedere wilsovereenstemming, iedere overeenkomst, zonder te vragen naar de redelijkheid van haren inhoud? Indien het recht toch wilsmacht is, en de wijze, waarop die wordt gebruikt, niet het recht, maar de moraal aangaat, wat bekommert zich dan het recht om het doel, dat met de uit de overeenkomst voortvloeiende macht wordt beoogd? Waarom ook geen verbintenis erkend, al is daaraan voor den schuldeischer, naar het oordeel van den wetgever, in 't geheel geen doel verbonden, maar tot eisch gesteld, dat iedere schuldeischer bij 't nakomen der verbintenis eenig belang hebben, hetzij dan op geld waardeerbaar, of niet? Waarom de zakelijke rechten tot bepaalde groepen beperkt, en voor de servituten den eisch eener »causa perpetua» gesteld?

Op al deze bezwaren en vragen kan de wilstheorie het antwoord niet geven; eerst waar het *substantieele element* van iedere rechtsbetrekking, *het menschelijk belang*, als tot haar wezen behoorend, wordt erkend, verdwijnen al de moeilijkheden. Den willoozen kunnen dan rechten worden toegekend, omdat zij dragers zijn van menschenlijke belangen; zij, niet hunne vertegenwoordigers, zijn de subjecten

hunner rechten, wijl zij de destinatairen zijn van het belang, dat door den wil der laatsten wordt gerealiseerd; onzedelijke, doellooze verbintenissen en zakelijke rechten moeten door het recht worden geweerd, omdat daardoor de levensvoorwaarden der maatschappij worden geschaad of ten minste niet gebaat.

VON IHERING bedoelt geenszins, dat *ieder* door de wet beschermd belang als een subjectief recht moet worden beschouwd: tal van belangen worden door het objectieve recht gebaat, zonder dat daaruit voor de belanghebbenden een subjectief recht voortvloeit. Als voorbeelden van diergelijke »reflexwerkingen» van het objectieve recht kan men noemen de voordeelen, die een fabrikant trekt uit beschermende rechten, of die ieder burger heeft van de oprichting en instandhouding van wetenschappelijke of kunstverzamelingen. Wettelijk beschermde belangen worden eerst dan tot subjectieve rechten, wanneer naast het *substantieele* element ook het *formeele* niet ontbreekt, welk laatste den belanghebbende niet overlaat aan de genade van anderen, maar hem zelf het middel verschaft, om voor de bescherming zijner belangen zorg te dragen of te doen zorgdragen. Dit formeele bestanddeel is bij den tegenwoordigen stand der rechtsontwikkeling de *actie*. Zoo is dus de actie — »die Klage» — het criterium der private rechten, en kunnen deze dus het best worden omschreven als *Selbstschutz der Interessen*.

§ 3.

Ter beoordeeling van de beteekenis van IHERING's leer moet men tweeërlei onderscheiden: vooreerst hare beteekenis voor de rechtsphilosophie, ten andere voor de formeele rechtsleer. Het eerste punt te behandelen ligt niet binnen het bereik van dit werk; alleen zij daaromtrent opgemerkt, dat, hoezeer IHERING's beschouwingen als reactie tegen de op HEGEL steunende zelfvoldaanheid der juridische wetenschap, — die blijkbaar met de philosophie meende afgerekend te hebben, — krachtig ertoe hebben bijgedragen de principiële grondslagen der rechtsordering opnieuw te onderzoeken, — hoezeer ook het overgrootste meerendeel der juridische schrijvers, wat het fond der zaak betreft, de theorie van IHERING tot de hunne maken, — toch niet moet worden voorbijgezien, dat die theorie nimmer de plaats van een rechtsphilosophisch stelsel kan innemen: vooreerst wegens haar gebrek aan diepte, ten andere wegens hare ééNZijdigheid. Niet diep genoeg dringt IHERING door, wijl hij zich tevreden stelt met de aan de ervaring ontleende uitspraak: »Recht ist die Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft im Form des Zwanges», zonder te onderzoeken, *wat* iets stempelt tot eene levensvoorwaarde der maatschappij, noch zich af te vragen, *waarom* die levensvoorwaarden *behooren* te worden beschermd; — aan eenzijdigheid maakt hij zich schuldig, door in het recht de doelgedachte bij uitsluiting door te voeren, zonder zich en anderen eerst rekenschap te geven over het laatste doel van den mensch op

aarde. Een van de twee: men voere de doelgedachte in alle levensverschijnselen van den mensch tot den einde toe door, maar neme dan ook het laatste, het hoogste doel van den mensch tot punt van uitgang, — zooals de H. Thomas van Aquinae deed, — of men verklare de wetenschap onbevoegd over dit laatste doel eene uitspraak te geven, maar neme dan ook naast en boven de aldus *beperkte* doelgedachte, het dan verder wetenschappelijk niet te verklaren »du sollst», dat in iederen mensch spreekt, als zelfstandig element in ethiek en rechtswetenschap op. Doet men dit laatste niet, tracht men de ethiek alleen af te leiden uit de tijdelijke, zij het dan niet uitsluitend materiele behoeften van den mensch, niet gesubordineerd onder één hooger ideaal, zoo verliezen vooreerst hare voorschriften hun onderlingen samenhang, ontbreekt vervolgens ieder criterium ter appreciatie der verschillende belangen, en blijven eindelijk tal van regelen hunne voldoende verklaring missen. ¹⁾

¹⁾ Cf. P. v. BEMMELN, Les notions fondamentales du droit civil, pag. 68 v. Dat IHERING's beschouwingen, in zijn eigen gedachtengang, dikwijls alleroppervlakkigst zijn, kan moeilijk worden geloofend. Als voorbeeld daarvan kan ik niet nalaten, te wijzen op zijne fulminatie tegen het coelibaat der Katholieke priesters, dat volgens hem door den Staat met alle ten dienste staande middelen moet worden bestreden. Waarop berust nu zijn afkeer voor die instelling? Alleen op het feit dat het eene »levensvoorwaarde» der maatschappij is, dat de mensch zich voortplante. Nu zij gevraagd of het niet IHERING's taak was geweest, vóór hij hieruit zijne brutale conclusie trok, toch eerst het bevolkingsvraagstuk in al zijne deelen te onderzoeken, minst genomen duidelijk te maken, waarom de Legis Julia en Papia Poppaea dan niet verdienen, in eere te worden hersteld, of waarom niet

Wat het tweede punt betreft, zoo schijnt Von IHERING zelf de beteekenis zijner leer voor de formeele rechtswetenschap niet hoog te hebben geacht; de *jurist* kan zich volgens hem met de gewone definities van het rechtsbegrip, die slechts eene »Angabe der äussere *Erscheinung* des Rechts» geven, volkomen tevreden stellen¹⁾. Terecht evenwel vatten zijne navolgers en bestrijders de zaak anders op: immers, met IHERING's betoog was ook de uiterlijke beschrijving van het recht, als uitsluitende wilsmacht, geoordeeld; — men denke slechts aan de rechten van willoozen. Daarom werd de vraag voortaan: behoort het belang in de rechtsdefinitie thuis, of valt het als het doel van het recht — als zoodanig thans door niemand meer bestreden, — daarbuiten; en bovendien welke plaats moet nevens het belang aan den menschelijken wil worden toegekend?

§ 4.

Het schijnt dat Von IHERING door velen zóó is gelezen, alsof hij den wil geheel uit het recht dacht

ieder coelibatair met strenge straffen dient te worden bedreigd! Zelfs de naam van MALTHUS wordt in dit verband niet genoemd! Hij acht eene vervolging der Kerk, op grond van het door haar voorgeschreven coelibaat, even natuurlijk als de strafbepalingen tegen vruchtafdrijving en kindermoord!

¹⁾ l. c., pag. 315. Zie ook pag. 338. »Möge man dann immerhin das Recht in seiner Totalität als Macht bezeichnen, — wenn man sich nur bewuzt bleibt, dass die Macht nicht der Zweck des Rechts, sondern nur die Form ist, in der das Recht seinen Zweck zu erreichen sucht.»

te elimineeren en door het belang te vervangen ¹⁾. Aan deze eenzijdigheid maakte echter niet hij, maar wel BEKKER zich schuldig, die reeds in de ontwikkeling van de bekende personificatie-theorie betreffende order- en toonderpapier, den wil zoo geheel buitensloot, dat hij ook zaken, met name de aangeduide papieren, als rechtssubjecten beschouwde ²⁾. Enkele anderen, o. a. LEONHARD ³⁾, volgden hem hierin. VON IHERING daarentegen deed wel degelijk naast het belang ook op den wil den nadruk vallen, al is het, — wegens het gemis aan de noodige scherpte van uitdrukking, dat men meermalen bij hem constateeren moet, — moeilijk na te gaan, of hij dien wil eene plaats toekende in het materieele of in het formeele element, dan wel in beide. Heet het eensdeels, dat de rechten dienen om de behoeften van den mensch te bevredigen, en dat de wil in dit doel zijn »Masz und Ziel» vindt ⁴⁾, — van den anderen kant wordt een beschermd belang dan tot een recht verheven, wanneer »dem Berechtigten selber der Schutz seiner Interessen anvertraut ist». ⁵⁾ In ieder geval ontbreekt bij VON IHERING een dieper

¹⁾ Men zie bijv. JELLINEK, System der subj, öffentl. Rechte, pag. 41, en BERNATZIK, Archiv für 's öffentl. Rechte, V, pag. 194

²⁾ Zie Jahrbuch des gemeinen Deutschen Rechts, (BEKKER en MÜLLER) 1857, pag. 266 v.: »Die Geldpapiere». In dit opstel is hij reeds min of meer de voorlooper van V. IHERING. Men zie pag. 298: »ein Recht, an dessen Bestehen kein Mensch je ein Interesse hätte, wäre eine ganz abnorme Erscheinung.» Vergel. ook zijn opstel in IHERING's Jahrbücher, XII, pag. 1, v.

³⁾ GRÜNHUT 's Zeitschrift, X, pag. 29.

⁴⁾ l. c., pag. 326.

⁵⁾ l. c., pag. 339.

onderzoek naar het verband tusschen wil en belang en tusschen deze beide en de rechtsnormen, hetgeen voor de vaststelling van de juridische betekenis zijner leer onmisbaar is.¹⁾

Bij het meerendeel van IHERING's volgelingen mist men evenzeer omtrent dit gewichtig bestanddeel zijner leer eene heldere voorstelling; zij trachten meer die leer zelve tegenover het wilsdogma te verdedigen, — door uit alle deelen van het recht verschijnselen te produceeren, die met het laatste onvereinigbaar zijn, — dan dieper in die leer zelve door te dringen. Als zoodanig komt vooral in aanmerking G. HARTMANN in zijne belangrijke onderzoekingen over het wezen der verbintenis²⁾. De verbintenis is volgens hem niet te definieeren, niet van andere machtsverhoudingen als *patria potestas*, *mancipium*, te onderscheiden, wanneer niet het *doel*, dat ermede wordt beoogd, binnen de omschrijving wordt betrokken³⁾; moge het oudere Romeinsche recht meer op de handeling van den schuldenaar dan op de bevrediging van den schuldeischer hebben achtgeslagen, naarmate het recht zich ontwikkelde, trad het laatste steeds meer op den voorgrond, werd het eerste als middel daaraan ondergeschikt. Immers, met de bevrediging van den schuldeischer, op wat voor wijze, door wien ook

¹⁾ Op het weinige scherpe van IHERING's omschrijving wijst ook SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, pag. 246 v.

²⁾ Die *Obligation*, *Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, 1875.

³⁾ Met betrekking tot zakelijke rechten bestrijdt HARTMANN VON IHERING; hij oordeelt, dat deze gedefinieerd kunnen worden zonder het belang in de definitie op te nemen; l. c., pag. 44, n. 10.

geschied, vindt de verbintenis in den regel haar natuurlijk einde; zelfs zonder dat er een schuldenaar is, zooals bij eene verlaten nalatenschap, is die voldoening mogelijk; valt het belang van den schuldeischer geheel weg, wordt de voldoening ervan onmogelijk, de verbintenis verdwijnt als regel tegelijk met haar doel; het voorwerp der verbintenis, als *handeling* van den schuldenaar opgevat, is als *deelbaar* begrip ondenkbaar, haar doel daarentegen als economisch belang van den schuldeischer laat zich gesplitst denken in verschillende gelijkwaardige deelen, alleen quantitatief van het geheel te onderscheiden; de hoofdelijke verbintenis voorts laat zich als een geheel slechts construeeren, waar de verschillende verplichte handelingen als door éénzelfde doel vereenigd worden gedacht. Op al deze gronden besluit HARTMANN, dat »der wesentliche Zweck der Obligation, in dessen Erreichung sie begriffsmässig ihr eigenes Ende anstrebt, ist die Stillung eines bestimmt begrenzten, durch den Entstehungsgrund individualisirten, privaten Interesses einer Person. Ihr wesentliches, begriffsmässiges Mittel ist die, für jenen Zweck durch besonderen Rechtsgrund erzeugte, Gebundenheit einer speciellen Willens- oder Vermögenssphäre als solcher, so dass irgend welche zwingende Macht gegenüber der letzteren zur Realisirung jenes Zweckes anerkannt ist.¹⁾

Ook DERNBURG draagt nog eenige gronden bij ter bestrijding der wilstheorie²⁾. Hij wijst vooral erop,

¹⁾ l. c., pag. 37.

²⁾ Pandekten, (2^e druk), I, pag. 86 v.

dat de opvatting van het recht als »Wollendürfen» noodwendig moet leiden tot de identificeering van *handelingsbevoegdheid* met *rechtsbevoegdheid*, wijl beide dan niet anders uitdrukken, dan dat de wil van den persoon, die er mede is bedeeld, door middel van het objectieve recht »maszgebend» is voor de rechten en plichten van anderen. Hoe verdraagt zich dit met de positie van den slaaf in het Romeinsche recht, die wèl handelingsbevoegdheid bezat, en toch geen rechten kon verkrijgen, of met die van den onmondige, die wèl rechten kan bezitten, maar niet met beoogd rechtsgevolg handelend kan optreden? In de definitie, welke DERNBURG zelf geeft: »Recht im subjective Sinne ist ein dem Individuum nach der Rechtsordnung zustehender Antheil an den Lebensgütern», ziet hij evenwel het wilselement geheel voorbij¹⁾.

Als verdere volgelingen van VON IHERING kan men noemen: NEUNER ²⁾, KOHLER ³⁾, BARON ⁴⁾, MERKEL ⁵⁾, GAREIS⁶⁾, VON LISZT ⁷⁾, SEYDEL ⁸⁾, HÄNEL ⁹⁾, JELLINEK¹⁰⁾. BRUNS¹¹⁾. De een stelt wat meer het belang, de ander

¹⁾ Vergel. ook DERNBURG, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, I, (5^e druk), pag. 75, 413; II, pag. 1 v.

²⁾ Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, pag. 9.

³⁾ IHERING's Jahrb., XVIII, pag. 196.

⁴⁾ Pandekten, § 16.

⁵⁾ GRÜNHUT's Zeitschrift, VII, pag. 378; Jur. Enc., § 159 v.

⁶⁾ MARQUARDSEN's Handb., Band I, Halbb. I, pag. 9.

⁷⁾ Zeitschr. für die gesammte Strafrechtswissenschaft, III, pag. 9; Lehrb. (5^e dr.) pag. 9.

⁸⁾ Grundzüge, pag. 73.

⁹⁾ Studien zum Deutschen Staatsrechte.

¹⁰⁾ System der subj. öffentl. Rechte, pag. 41.

¹¹⁾ Enc. HOLTZ., (4^e druk), pag. 406 v.

meer de bescherming of de macht op den voorgrond; de een spreekt van bescherming van den wil, gericht op bescherming van het belang, de ander van bescherming van het belang om den wil de noodige vrijheid te geven; nu eens wordt de wil meer in verband gebracht met het belang, dan weer meer met de bescherming; nu eens de actie afgeleid uit het recht, dan weer omgekeerd tot het bestaan van het recht uit de actie besloten; — alles duidelijk erop heenwijzende, tot hoe veelvuldige opvattingen IHERING's vage definitie aanleiding geeft.

§ 5.

Op wat steviger bodem geraakt men met de verhandeling van ROSIN: »Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung» ¹⁾. Vooreerst wordt door hem duidelijk aangegeven, dat de wettelijke bescherming, die het menschelijk belang stempelt tot een subjectief recht, niet in de eerste plaats bestaat in de actie, maar in de materieelrechtelijke normen, wier overtreding de actie, de tusschenkomst van den rechter, noodig maakt. In den gang van zijn betoog had VON IHERING die normen langzamerhand geheel uit het oog verloren, hoewel zij toch in de eerste plaats aan het belang de bescherming verleen, en de actie eerst dan eraan wordt toegevoegd, als die bescherming onvoldoende wordt gerekend. In de ontwikkeling van de actiën in

¹⁾ HIRTH's Annalen, 1883, pag. 265 v.

het oudere recht, en vooral ook in die der administratieve rechtspraak in deze eeuw, komt duidelijk aan het licht, hoe de actie, — of liever de actiën, — slechts eene bijkomende vorm zijn, waarin het subjectieve recht zijne bescherming vindt: het recht, bepaald door de zijn inhoud omschrijvende rechtsregelen, en in de moreele kracht van deze zijn eersten steun vindend, vormt de blijvende kern; waar die moreele kracht onvoldoende blijkt, komt aanvankelijk de zelfverdediging en eigenrichting haar te hulp, totdat een geordend gezag zijne tusschenkomst verleent, om deze ruwe vormen van rechtshandhaving aan te vullen en te vervangen ¹⁾, — in den beginne schroomvallig, binnen een eng begrensd kader van formalistische onderscheidingen, daarna steeds vrijer, totdat iedere rechtskrenking hare corresponderende actie heeft gevonden; de negentiende eeuw voegde nog daaraan toe de actie tegen sommige organen van het publiek gezag zelf, wyl, om welke reden dan ook, de moreele kracht der aan dat gezag gerichte rechtsbeschermende normen, onvoldoende werd geacht ²⁾.

¹⁾ Terecht merkt SEUFFERT op, dat die staatstusschenkomst volstrekt niet altijd eene *versterking* der rechtshandhaving is, zoodat ook op dien grond de actie moeilijk als *de* bescherming bij uitnemendheid van het in het recht opgesloten belang kan worden beschouwd. Zelfs in een geordenden staat zou de rechthebbende dikwijls door eigenrichting heel wat meer worden gebaat dan door eene actie. Cf. Prof. L. SEUFFERT, *Recht, Klage, Zwangsvollstreckung*, in GRÜNHÜT's Zeitschrift, XII, pag. 622 v.

²⁾ Weinig helpt trouwens het beroep op de actie ten betooge van het bestaan van het subjectieve recht, wanneer de wetgeving de actie juist afhankelijk maakt van de voorwaarde, dat

Een ander punt waarin ROSIN tot begripsverduidelijking heeft bijgedragen, betreft het woord *belang* in IHERING's definitie. In IHERING's betoog zijn het belang en de bescherming twee van elkander te onderscheiden en af te scheiden bestanddeelen van verschillende natuur, die in vereeniging met elkander het subjectieve recht vormen; het belang is het prius, — als levensvoorwaarde reeds lang aanwezig, — de kern, waaraan van buiten af de bescherming door de rechtsnormen wordt toegevoegd. »Ersteres ist der Kern, letztere die schützende Schale des Rechts.» ¹⁾ Nu wijst ROSIN erop, dat zulk eene voorstelling alleen dan mogelijk is, wanneer men niet in de verschillende rechten bijzonder individueele belangen, naar welke die rechten zich differentieeren, onderscheidt, maar aan alle rechten slechts dit ééne gemeenschappelijke element toekent, dat ze strekken ten dienste van *het* belang, het levensdoel van den mensch. Immers, vat men het belang in engeren

een *subjectief recht* is gekrenkt. Zie o. a. de Oostenrijksche wet van 22 Oct. 1875, § 2: Der Verwaltungsgerichtshof hat in allen Fällen zu erkennen, in denen jemand durch eine gesetzwidrige Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde *in seinen Rechten* verletzt zu sein behauptet.

¹⁾ Dat ook VON IHERING's volgelingen en bestrijders de zaak zoo opvatten, blijkt uit de herhaaldelijk gemaakte opmerking, dat eigenlijk niet de *kern en de schaal*, maar alleen de *schaal*, dus de bescherming, als het subjectieve recht moet worden beschouwd. Zie o. a. BIERLING: Kritik der jurist. Grundbegriffe, II, pag. 58; V. D. SCHÉY in GRUNHUT's Zeitschrift, VII, pag. 761. Bij IHERING zelf wisselen trouwens de termen »rechtlich geschütztes Interesse», »rechtliche Sicherheit des Genusses», »Selbstschutz des Interesses», »Sicherung der Lebensbedingungen» en »gesicherte Lebensbedingungen» elkander af.

zin op, zoo missen de verschillende beschermde belangen iedere gelijkenis: hetzelfde recht dient den mensch ter nastreving van tal van uiteenlopende doeleinden, terwijl omgekeerd verschillende rechten door één persoon voor de bereiking van éénzelfde doel kunnen worden gebruikt. Nu is het waar, dat VON IHERING het belang niet afmeet naar de individueele schatting, maar naar de »Durchschnittswertschätzung», die het maatschappelijk verkeer eraan geeft, ¹⁾ maar daardoor treedt het treffende van ROSIN's opmerking nog slechts meer aan het licht, wijl juist het maatschappelijk verkeer alle individueele belangen objectieveert tot één begrip, dat der *waarde*, waarin het wel quantitatieve, geen kwalitatieve onderscheidingen aanneemt.

Dat evenwel bij ROSIN's opvatting de juridische beteekenis van het belang geheel weer verloren gaat, is duidelijk: wanneer een parallellisme tusschen rechten en belangen, gelijk VON IHERING aannam, niet is te construeeren, zoo kan ook het belang, als *doel* van het recht, uit de rechtsdefinitie worden gemist; de belangen worden dan niet door de rechtsbescherming tot subjectieve rechten, maar in die rechtsbescherming zelve is dan het wezen van die rechten gelegen, en daarin moet ook het beginsel voor hunne differentiatie worden gezocht. ROSIN komt dan ook tot deze slotsom, terwijl hij het doelelement niet

¹⁾ »Jedes Recht enthält . . . ein vom Gesetzgeber nach dem Standpunkte seiner Zeit für schutzfähig und schutzbedürftig anerkanntes Interesse.» l. c., pag. 331. Men zie ook het voorbeeld, door IHERING gegeven van het recht van uitzicht, dat aan een blinde toekomt, pag. 329.

anders weet te verwerken dan in de constructie der publiekrechtelijke rechtspersonen, waar niet, zooals bij de natuurlijke personen en bij de corporaties van het private recht, het concrete doel van nature voorhanden of door den wil der leden is aangegeven, — en dus slechts door het recht behoeft te worden erkend, — maar waar dit doel door het recht zelf moet worden geschapen en begrensd. Het subjectieve recht blijft voor ROSIN een door de rechtsorde verleende wilsmacht, wel met de bijvoeging »im eigenen Interesse», — maar waaruit is af te leiden, in wiens belang die macht is verleend, en ook wat zulks afdoet tot het wezen van het recht, verzuimt ROSIN aan te geven. Ten minste in het privaatrecht weet hij aan het belang geen plaats aan te wijzen.

§ 6.

Terwijl ROSIN, door op VON IHERING's voorstelling betreffende de verhouding tusschen belang en bescherming voort te bouwen, tot zoo destructieve conclusie kwam, trachtte BERNATZIK¹⁾, door die voorstelling zelve te herzien, VON IHERING's leer op hechteren grondslag te vestigen. Het principium indivivuationis voor de menschelijke belangen, op het ontbreken waarvan ROSIN had gewezen, wist hij te vinden door samensmelting van wil en belang. Hij wees erop, hoe de fout van IHERING en al zijne volgelingen tot nu toe was geweest, dat zij het belang en den wil als afgescheiden voorstellingen hadden beschouwd, inplaats van beide tot eene

¹⁾ Archiv für 's öffentl. Recht, Deel V, pag. 232 v.

éénheid saam te vatten. Vandaar, dat het nooit was gelukt, beide samen tot één enkel rechtsbegrip in één te smelten, maar steeds het alternatief bleef bestaan, of het een, of het ander tot *het* rechtsbegrip te verheffen, terwijl geen van beide voldeed. BERNATZIK nu tracht aan te toonen, dat wil en belang of doel niet twee vreemd tegenover elkander staande verschijnselen zijn, maar dat het *doel* zelf eene uiting is van dat psychisch proces, dat men gewoon is *wil* te noemen. De wil zonder inhoud of doel laat zich evenmin denken als een doel, zonder daarop gericht wil; beide te zamen vormen ééne voorstelling: »het menschelijk willen». Dit »willen» nu, geheel iets anders dan de vrije wil als »Potenz» VAN HEGEL, wordt door de imperatieven der rechtsorde, voor zoover het als »schutzbedürftig» en »schutzwürdig» wordt erkend, in bescherming genomen en daardoor verheven tot een subjectief recht.

Voor al aan het leerstuk der rechtspersoonlijkheid maakt BERNATZIK zijne beschouwingen dienstbaar: duidelijk doet hij uitkomen, hoe hier zoowel het oude wils- als belangendogma te kort schiet. Alleen bij vereeniging van wil en doel tot eene éénheid, laat het zich verklaren, dat er één persoon kan zijn, waar meer willen door denzelfden inhoud, hetzelfde doel, zijn vereenigd, — zooals bij de rechtspersonen, — en omgekeerd, dat er meer personen kunnen zijn, waar toch hun aller belang slechts door één wil wordt gerealiseerd, — zooals bij de huwelijksgemeenschap en de reederijen.

§ 7.

Zoo was dus het belang als *wilsinhoud* gefixeerd en verkreeg het zelfstandigheid tegenover het ruimere begrip van *het* menschelijk belang, waartoe ROSIN was gekomen. Het belangendogma was een stap gevorderd: van de drie heterogene elementen, het belang, den wil en de bescherming, waren er thans twee tot eene éénheid saamgevoegd. Wat nog te doen bleef, het was, aan te toonen, op wat wijze nu die éénheid, — de wil met den bepaalden inhoud, — door de rechtsorde wordt beschermd. BERNAZIK sprak van eene erkenning van dien wil als zoodanig door de rechtsorde; deze voorstelling laat evenwel veel aan duidelijkheid te wenschen over, waar, naar de vooropgezette meening, die rechtorde uit niet anders bestaat dan imperatieven, — geboden en verboden, gericht juist aan anderen dan hem, wiens wil moet worden erkend of beschermd.

Er stond slechts één weg open, om den wil eene duidelijk aanwijsbare bescherming door diergelijke geboden te doen deelachtig worden, namelijk door den inhoud van den wil en die der rechtsnormen te doen samenvallen. Dezen weg sloeg ten slotte SCHUPPE in.¹⁾ Ook SCHUPPE stelt belang en wilsinhoud gelijk, niet evenwel, zooals BERNATZIK, omdat het identieke begrippen zijn, maar wijl het objectieve recht het individueele belang niet anders dan uit den individueelen wil kan kennen, en dus wel gedwongen is, den laatsten om der wille van het

¹⁾ Dr. WILHELM SCHUPPE, Der Begriff des subjectiven Rechts, 1887.

eerste zijne bescherming te verleen. Wat zijn nu evenwel die individueele belangen, welke door het recht worden beschermd? Volgens SCHUPPE geen andere, dan dit belang: dat de handelingen, die door de imperatieven der rechtsorde worden geboden en verboden, geschieden, resp. achterwege blijven. Niet mijn lichaam, mijn eigendom, enz. zijn het dus, die als mijne levensvoorwaarden worden beschermd, maar mijn belang, dat mijn lichaam niet aangetast, het rustig genot mijner goederen niet gestoord worde, — terwijl de bescherming geschiedt in dezen vorm, dat de wet mijn wil tot den haren maakt.

Door de leer van SCHUPPE wordt dus het verband tusschen de drie elementen van IHERING's definitie, het belang, den wil en de bescherming, geconstrueerd, evenwel — niet dan ten koste der oorspronkelijke leer zelve. Wanneer inderdaad het door de wet beschermde belang geen ander is dan het geschieden of niet geschieden der door de wet geboden of verboden handelingen, en wanneer dit belang zich slechts laat denken als, — of slechts kenbaar is uit den inhoud van den menschelijken wil, zoo is het belangen-dogma niet anders dan het wils-dogma; de onderscheiding tusschen het materieele en formeele element in het subjectieve recht valt dan geheel samen met die tusschen individueelen en algemeenen wil; de bescherming omringt niet meer als »schützende Schale» de belangenkern, maar het belang, als wilsinhoud gedacht, vindt in de coïncidentie met den algemeenen wil zijne verwezenlijking. De philosophische beteekenis van het menschelijk

belang als motief, als schepper van het recht moge gespaard zijn gebleven, zijn rol als constitutief element in de formeele begripsbepaling is verloren gegaan. Dat het belangen-dogma in dezen zijnen laatsten vorm inderdaad met het wilsdogma samenvalt, moge ook hieruit blijken, dat BIERLING, een zijner heftigste bestrijders, het in dezen vorm volkomen beaamt: »Ein Recht ist nicht ein *Interesse*, dem das Recht bloß schützend hinzugetreten wäre, sondern es ist ein *Interesse*, das seiner Natur nach selbst zum Recht werden konnte und thatsächlich auch geworden ist». ¹⁾

§ 8.

Het voorgaande werd niet alleen bedoeld als eene beschrijving van het belangendogma in zijne verschillende gedaanten, maar tevens als eene aanduiding van het resultaat, waartoe die leer logisch moet voeren, zoo aan de imperatieve natuur van het objectieve recht wordt vastgehouden. De schijn van juistheid, welken IHERING's uitéénzetting droeg, was vooral te danken aan het gemis eener nauwkeurige analyse van het begrip *belang*. Ofschoon dit begrip geenszins identiek is met het begrip *doel*, waarmede het door VON IHERING en vele anderen telkens wordt verwisseld, heeft het met dit laatste toch eene gewichtige eigenschap gemeen: evenals ieder concreet *doel*, dat de mensch zich stelt, tevens als *middel* kan worden beschouwd ter bereiking van een verder ge-

¹⁾ Principienlehre, I, pag. 167.

legen doel, zoo kan ook iedere wenschelijke gebeurtenis of toestand, die als een *belang* wordt aangemerkt, tevens weer worden beschouwd in verband met eene andere wenschelijke gebeurtenis of toestand, wier intreding door de eerste wordt veroorzaakt of bevorderd. Evenals tusschen de verschillende concrete doeleinden en het doel, dat de mensch zich als einddoel stelt, zich tal van schakels laten construeeren, waarvan iedere ten opzichte der voorgaande als *doel*, ten opzichte der volgende als *middel* verschijnt, zoo laten zich ook tusschen de gebeurtenissen, die den mensch ten goede komen en 's menschen »summum bonum» reeksen *belangen* denken, waarvan ieder kan beschouwd worden in onmiddellijke betrekking tot het laatste, maar tevens als dienende of verwezenlijkende het eerstvolgende belang, in de reeks opgenomen. Hieruit volgt, dat in iedere reeks al die samenhangende belangen niet gelijksoortig zijn en nevengeschikt, maar ieder ondergeschikt aan al de volgende, en alle aan 's menschen hoogste belang. Wat eischt dus eene rationeele indeeling der subjectieve rechten naar den aard der beschermde belangen? Dat men niet onder alle denkbare belangen willekeurig een greep doe, als materieele kern van het eene recht een hooger gelegen belang, van het andere een daaraan ondergeschikt lager gelegen belang uitkieze, maar dat men alleen *nevengeschikte* belangen daartoe aanwijze.

Wat doet nu VON IHERING? Hij verdeelt de wenschelijke belangen, die hij zich door het recht beschermd denkt, in vier groepen: I onze eigen persoonlijkheid, II de zaken, III de handelingen van

andere mensen, IV den Staat; in aansluiting daaraan worden de rechten verdeeld in: I het recht der persoonlijkheid, II de zakelijke rechten, III de verbintenissen en familierechten, IV de staatsburgerlijke rechten.¹⁾ De aldus omschreven belangengroepen nu zijn zoo weinig onderscheiden en nevensgeschikt, dat iedere volgende groep veeleer ondergeschikt is aan de voorgaande, d. w. z. hare beteekenis voor den mensch slechts daaraan ontleent, dat zij aan de verwezenlijking daarvan bevorderlijk is. Het genot der zaken immers is slechts daarom een menschelijk belang, wijl het aan 's menschen persoon ten goede komt; — de handelingen van anderen vertegenwoordigen voor ons een belang òf om dezelfde reden, òf indirect omdat ons daardoor het genot der zaken wordt mogelijk gemaakt; — terwijl eindelijk in den Staat slechts in zooverre een menschelijk belang is te zien, als daardoor alle andere menschelijke belangen worden beschermd. De eerste, zoowel als de derde of de vierde groep, zou dus ieder voor zichzelf even goed voldoende zijn, om alle rechten te omvatten, als de vier groepen van VON IHERING te zamen.

De rangschikking der menschelijke belangen in onderlingen samenhang onder 's menschen hoogste belang is eene geheel willekeurige en toevallige, in dien zin, dat het geheel van ieders individueele gesteldheid en bijkomende omstandigheden zal afhangen, hoevele en welke belangen men schakelt tusschen eene bepaalde gebeurtenis en dat hoogste

¹⁾ Der Zweck im Recht, pag. 71 v.

belang. Daarom is dan ook iedere poging, om die tusschenliggende belangen tot de materieele kern der rechten te verheffen, van te voren geoordeeld. Want ook de weg, dien BERNATZIK insloeg, — het bezigen van den wil als factor, om die belangen voor het recht te fixeeren, — geeft geen uitkomst, daar de wilsinhoud, d. i. het doel, even convertiebel van nature is als het belang¹⁾. Om de fout, die VON IHERING beging, te vermijden, bestaat slechts tweeërlei weg: òf men beschouwe als het belang, dat door het recht wordt beschermd, het hoogste belang zelf, d. i. 's menschen geheele persoonlijkheid in betrekking tot zijne bestemming, òf men zie af van de tegenstelling tusschen belang en bescherming, en zoek het belang in de bescherming zelve. Den eersten weg sloeg ROSIN in, maar het gelukte hem niet, de *juridische* beteekenis van dat belang aan te toonen. Den anderen weg volgde SCHUPPE, maar, daar hij zich de rechtsbescherming niet anders kon denken, dan als gebod en verbod aan anderen, moest hij noodzakelijk tot de wilstheorie vervallen, om het verband tusschen die imperatieven en het daaruit voortvloeiende subjectieve recht te construeeren.

¹⁾ BERNATZIK trouwens erkent dit zelf: » . . . das als »Willen« bezeichnete Phänomen ist ein *Mittel* zur Erreichung des Zweckes und es kann jedes Zweckobject wieder Mittel, also Willensobject, für einen entferneren Zweck abgeben, als dessen letzter uns die Herstellung jenes Zustandes erscheint, den wir als einen wunschlosen denken». l. c., pag. 232.

HOOFDSTUK III.

Bevoegdheid en Plicht.

§ 1.

Terwijl bij de vooropzetting van het louter imperatieve karakter van het objectieve recht als subjectief rechtsbegrip wel de *plicht* onmiddellijk is gegeven, maar de *bevoegdheid* op geen wijze daaruit is te deduceeren, volgt uit de door mij aanvaarde tweeledige indeeling van den objectieven rechtsregel noodwendig ook een tweeledig subjectief correlaat: wat *objectief* verschijnt als ordening van *mogen* en *behooren* treedt subjectief als *bevoegdheid* en *plicht* te voorschijn. Men heeft veel erover getwist, welke der begrippen, — het objectieve of het subjectieve, — men als het logisch primaire behoort aan te merken; of de subjectieve voorstelling van bevoegdheid en plicht, als van buiten aangebrachte affectie van het individu, uit het objectieve recht moet worden afgeleid, of dat omgekeerd door abstractie uit het subjectieve begrip, als product van ons geestesleven, functie van onzen wil, of hoe men het ook moge noemen, de voorstelling van eene objectieve, buiten en boven den mensch bestaande ordening moet worden gewonnen.

De vraag worde niet verward met deze andere, in welke gedaante de mensch in den loop der tijden zich van het bestaan van het recht is bewust geworden: hierop kan alleen de rechtshistorie van ieder volk het antwoord geven. Bij het ééne volk zal het subjectieve, bij het andere het objectieve karakter wat meer op den voorgrond treden, de tegenstelling zal hier of ginds wat eerder en scherper worden gevoeld, — nergens ontbreken de beide beschouwingswijzen van het recht naast elkander. Stelt men evenwel de vraag, niet wat als *historisch*, maar wat als *logisch prius* moet worden beschouwd, zoo wil het mij voorkomen, dat de strijd hierover een nuttelooze is, wijl van de beide begrippen, als zuivere correlaten, geen op logische prioriteit kan aanspraak maken. Het moge worden toegegeven, dat gemeenlijk de concrete bevoegdheden en plichten worden gevonden door de logische subsumptie van de feitelijke omstandigheden onder den algemeenen rechtsregel, maar hieruit volgt niet, dat het *begrip* van bevoegdheid en van plicht uit dat van het objectieve recht is afgeleid. Bovendien, de *algemeenheid* is geenszins eene noodzakelijke eigenschap van het objectieve recht ¹⁾, terwijl alleen, waar deze aanwezig is, het genoemde denkproces — de toepassing van den regel op het bijzondere geval — noodzakelijk wordt; vertoont zich dan ook het objectieve recht zelf als eene uitspraak over een bijzonder geval, zoo is ook de bevoegdheid of de concrete plicht tegelijk met deze aan-

¹⁾ Zie boven pag. 35.

wezig. — Van den anderen kant kan worden toegegeven, dat het recht zijn eigenlijk effect slechts heeft in den geest der menschen, in zooverre, dat het objectieve recht niet onmiddellijk, maar eerst door de voorstelling van de daarmede corresponderende bevoegdheden en plichten onze handelingen influenceert; maar daaruit af te leiden, dat noodzakelijk het recht in zijn subjectieven vorm tot logisch uitgangspunt moet worden genomen, gaat reeds hierom niet op, wijl het recht, in objectieven en subjectieven zin, een zelfstandig bestaan heeft, onafhankelijk van de plaats, die het inneemt in 's menschen overwegingen: rechtsregels en daarmede corresponderende bevoegdheden en plichten kunnen bestaan, zonder dat de betrokken persoon zich daarvan zelfs is bewust. De omstandigheid dus, dat het recht eerst door de in den mensch opgewekte *voorstelling* van bepaalde bevoegdheden en plichten zijn invloed uitoefent, beslist niets over den logischen samenhang tusschen die bevoegdheden en plichten zelve en de objectieve regelen, waarvan zij het uitvloeisel zijn.

Het begrip van het objectieve recht bevat juist dezelfde elementen als dat van het subjectieve recht, beide zijn slechts verschillende beschouwings- of uitdrukkingswijzen van dezelfde zaak: het objectieve recht, ook al is het geheel onpersoonlijk geformuleerd, ja, al is zelfs tijdelijk geen enkel persoon aanwezig, op wien het kan worden toegepast, sluit steeds de *voorstelling* in zich van personen, voor wie het geldt; bevoegdheden en plichten laten zich niet anders denken dan tegelijk met een richt-

snoer voor 's menschen gedragingen, dat de mensch daarom als iets objectiefs buiten zich erkent, wijl hij gevoelt, dat het aan zijne willekeur is onttrokken.

Onnoodig acht ik het daarom ook, in eene uitvoerige beschouwing te treden over de wijze, waarop de algemeene tegenstelling tusschen *objectief* en *subjectief* door de schrijvers in de rechtsleer is overgebracht. Dat de voorstelling, waarom PUCHTA het gebruik der termen afkeurt, — volgens welke het objectieve recht den mensch tot *object*, het subjectieve hem tot *subject* zoude hebben, — eene ave-rechtsche is, is duidelijk, wijl immers in beide de mensch eenig en alleen als subject zijner handelingen wordt beschouwd. Evenmin kan de tegenstelling redelijkerwijze doelen op de al- of niet onafhankelijkheid van het recht van 's menschen willekeur, — zooals HÖLDER schijnt te meenen, — wijl die onafhankelijkheid zoowel in het objectieve recht als in de subjectieve verhoudingen, maar in beide ook slechts ten deele, is te vinden. Ook de beschouwing van SCHUPPE, dat de tegenstelling is gegrond op de eigendommelijkheid van den mensch, om door reflectie uit het concreet-individueele het abstract-algemeene, het »gattungsmässige», af te leiden, kan ik niet aanvaarden. Immers, door eene diergelijke abstractie kan men wel komen tot een soortbegrip, dat de aan alle leden der soort gemeenschappelijke kenmerken tot inhoud heeft, en de afwijkingen tusschen die verschillende individueele leden buitensluit, maar het soortbegrip blijft in natuur geheel gelijk aan het individueele, ja tracht juist

de meest wezenlijke kenmerken van het individu in zich te vereenigen. Zoo kan men bijv. door abstractie uit de verschillende kleuren der voorwerpen komen tot het soortbegrip der *kleur*, maar nimmer tot dat der aethertrilling of aandoening van het netvlies; evenzoo kan men door abstractie uit de verschillende den menschen toekomende subjectieve bevoegdheden wel komen tot het soortbegrip der *bevoegdheid*, maar nimmer tot dat van het objectieve recht. Trouwens, als de objectieve rechtsregel, door SCHUPPE als *wil* opgevat, niet anders ware dan het gemeenschappelijke in het willen der individuen, zou daaruit volgen, dat de wil van het individu steeds met die der rechtsorde in overeenstemming zou zijn! En al *erkent* men nu met SCHUPPE, dat de afwijking van den individueelen wil van den wil der rechtsorde, een *moeilijk probleem* oplevert, ¹⁾ daarmede is de logische tegenstrijdigheid der leer niet uit den weg geruimd. ²⁾

De *bevoegdheid* en de *plicht*, ziedaar dus de beide

¹⁾ Eene poging tot oplossing van dit probleem (dat niet op te lossen is), geeft, voor zoover ik weet, SCHUPPE niet. Men zou kunnen verwijzen naar de pogingen van ROUSSEAU om de afwijkingen tusschen de »volonté générale» en de »volonté de tous» weg te redeneeren.

²⁾ Men zie over de genoemde afwijkende meeningen, gelijk in 't algemeen over de tegenstelling tusschen objectief en subjectief in de rechtsleer: PUCHTA, Institutionen I, § 6, SCHUPPE; Der Begriff des Rechts in GRÜNHUT's Zeitschrift, X, pag. 349 en Der Begriff des subjectiven Rechts, pag. 3 v.; JELLINEK, System der subj. öffentl. Rechte, pag. 8; BIERLING, Kritik der juristischen Grundbegriffe, II, pag. 32 v.; Juristische Principienlehre I, pag. 145 v., II, pag. 7 v.; HÖLDER, Über objectives und subjectives Recht, pag. 7 v.; Dr. AFFOLTER, Untersuchungen

primaire, niet afgeleide subjectieve rechtsbegrippen. Reeds dadelijk zij gezegd, dat geen aanval wordt beoogd op het geijkte spraakgebruik, hetwelk zeker den eenvoudigen rechtsplicht nimmer als recht in subjectieven zin aanmerkt, — slechts meen ik, dat een fundamenteel onderzoek dezer beide primaire subjectieve rechtsbegrippen tot uitgangspunt moet strekken voor de constructie der andere subjectieve rechtsbegrippen, welke het rechtsleven kent, dus ook van hetgeen het spraakgebruik sinds eene eeuw gewoon is »het recht in subjectieven zin» te noemen. Dat tweeledig uitgangspunt zij daarom aan een nader onderzoek onderworpen.

§ 2.

Vooreerst dan de onderlinge betrekking tusschen bevoegdheid en plicht. Welk verband bestaat er tusschen de bevoegdheden en de plichten van denzelfden persoon, welke is de verhouding tusschen de bevoegdheden van den een en de plichten der anderen? Op het eerste deel der vraag kan het antwoord kort zijn: de éénheid der rechtsidee vindt hare uitdrukking in hare opvatting als afbakening tusschen hetgeen de mensch mag en niet mag, dus onderstelt de bevoegdheid noodzakelijk het bestaan

über das Wesen des Rechts, pag. 38 v.; SCHLOSSMANN, Der Vertrag, pag. 243 v.. Zonderlinge voorstellingen van de tegenstelling vindt men bij Prof. BOLLAND, XX^e eeuw, 1902, pag. 252 v., zoo bijv. alsof objectief recht = recht op een object, subjectief recht = recht op een subject zou zijn, e. d.

van den plicht; evenwel, daar het recht niet al onze handelingen beheerscht, is uit de som mijner bevoegdheden nooit het geheel mijner plichten af te leiden, noch omgekeerd,¹⁾ zoodat ons nimmer een systeem van bevoegdheden alleen, noch van plichten alleen, als een volledig rechtssysteem kan gelden.²⁾

De pogingen, sinds eeuwen in het werk gesteld, om op het tweede deel der vraag een bevredigend antwoord te geven, beschreef ik in de beide vorige hoofdstukken. De vorm evenwel, waarin de vraag dáár werd gesteld, was eenigszins anders: het gold niet, het verband te zoeken tusschen twee begrippen, die beide rechtstreeks uit het objectieve recht voortvloeien, maar de afleiding van de bevoegdheid uit den plicht, welke laatste als eenig *onmiddellijk* resultaat der rechtsorde werd beschouwd; — in het objectieve recht werd slechts ééne categorie erkend, in het subjectieve recht zocht men er twee. En men zocht te vergeefs: steeds dook, wanneer consequent werd doorgedacht, en het recht van ieder vreemd bijmengsel werd gezuiverd, de plicht als het eenig correlaat van den imperatief naar boven. Men zocht dan ook naar het onvindbare: de rechtsregel, tot zijn eenvoudigsten vorm teruggebracht,

¹⁾ Zooals gewoonlijk de natuurrechtelijke opvatting was.

²⁾ Ten onrechte stelde dus KANT als ideaal, het geheele recht om te zetten in een mathematisch systeem van niets dan verbodsbepalingen; te zijner tijd was voor dit doel zelfs een prijsvraag uitgeschreven. Zie KANT, Zum ewigen Frieden, 1^e Abschn., 6 noot. Zie de tegenovergestelde gedachte — het recht een geheel van bevoegdheden — bij PUCHTA, Pandekten, Vorrede, (6^e druk.)

geeft ons eene bevoegdheid of een plicht, niet beide te zamen. Het begrip der bevoegdheid sluit dat van den plicht niet in zich, noch omgekeerd; door logische deductie komt men mitsdien nimmer van het eene begrip tot het andere. Redeneeren alleen leert ons nooit, welke plichten van anderen met onze bevoegdheid, noch welke bevoegdheden van anderen met onzen plicht samengaan. Gelijk het objectieve recht zich van de moraal onderscheidt door den innerlijken samenhang zijner regelen, zoo onderscheiden zich ook de rechtsbevoegdheden en plichten van die der moraal daarin dat ze niet als deze los naast elkander staan, maar op tallooze wijzen met elkander zijn verbonden; deze hand is evenwel geen logische, maar een juridische, d. w. z., niet door redeneeren alleen, maar door onderzoek van de positieve rechtsorde te kennen.

Toetsen wij de juistheid dezer stelling aan twee ermede strijdende uitspraken, herhaaldelijk verkondigd en verdedigd: 1^o. uit iederen rechtsregel vloeit noodzakelijk zoowel eene bevoegdheid als een plicht voort; 2^o. zoo al niet met iederen plicht noodzakelijk eene bevoegdheid correspondeert, laat zich toch geen bevoegdheid denken zonder daarmede correspondeerenden plicht.

Ad 1^{um}. Iedere rechtsregel — eene bevoegdheid en een plicht. Het natuurrecht had deze deductie bij herhaling beproefd¹⁾, uit HEGEL's leer vloeide ze noodwendig voort; in onzen tijd heeft BIERLING ze nogmaals krachtig aangegrepen en zijn geheele

¹⁾ Cf. V. STAHL, I, pag. 93 v.; boven pag. 71 v.

systeem erop gebouwd. In dezen laatsten vorm zij ze hier in de eerste plaats besproken.

Om BIERLING's gedachtengang te kunnen volgen, houde men in 't oog, dat het recht voor hem alleen uit imperatieven bestaat, dat de gebondenheid aan deze imperatieven door den mensch voortvloeit uit het feit, dat hij allicht een dezer imperatieven als bindend erkent en uit deze *erkenning logisch* de verbindende kracht ook der andere voortvloeit. De rechtsnorm is hem gebod van *wil* tot *wil*, niet, zooals bij andere schrijvers, van hooger en wil tot lager, maar van dien van ieder rechtssubject tot dien van ieder ander: tusschen de voorschriften eener wet en de clausulen eener overeenkomst bestaat voor hem soortelijk geen verschil, 't is alles *norm*. Iedere norm onderstelt dus twee personen, den bevelende en den bevolene, den normgever en den normnemer; beziet men den norm van den subjectieven kant, zoo vertoont ze zich voor den eerste als *vordering*, voor den tweede als *plicht*. Recht (Anspruch) en plicht zijn dus twee kanten van dezelfde zaak, twee subjectieve »Ansichten» van de objectieve norm.

Op het beginsel der »Anerkennung», door BIERLING als grond voor de verbindende kracht van het recht gesteld, behoeft hier niet verder te worden ingegaan. Tot zijne juiste appreciatie zij hier slechts in het voorbijgaan erop gewezen, dat BIERLING geen aanstoot eraan neemt, te spreken van eene *afgedwongen* normen-erkenning ¹⁾, dat hij *onbewuste* erken-

¹⁾ Zelfs van het overwegend grootste deel der rechtsgenooten, Jur. Principienlehre, I, pag. 46.

ning voldoende oordeelt ¹⁾, den vreemdeling door een *eenzijdige* erkenning der inwonenden gebonden en gerechtigd acht ²⁾, voor kinderen en krankzinnigen tot eene fictie zijne toevlucht neemt ³⁾.

In verband met ons betoog is vooral van belang de eigenaardige opvatting van BIERLING betreffende het wezen van de rechtsnorm: waar vele anderen met hem het geheele recht doen opgaan in imperatieven, zien zij in deze imperatieven nooit iets anders dan bevelen van den Staat of het Staatshoofd aan de onderdanen, — BIERLING daarentegen rangschikt onder deze bevelen — normen der eerste orde — tal van bevelen van den eenen onderdaan aan den ander, ja van den onderdaan aan den Staat, — normen der tweede, derde orde enz. Nu moge deze opvatting dit boven de andere voor hebben, dat ze de erkenning in zich sluit van de betrekkelijke uniformiteit van iedere rechtsverhouding, zoowel die

¹⁾ l. c., pag. 47.

²⁾ l. c., pag. 209.

³⁾ l. c. pag. 122, 172, 210, 288. Uitvoerig heeft BIERLING de wetenschappelijke en juridische juistheid der fictie verdedigd in zijn »*Critik der juridischen Grundbegriffe*, II, pag. 166 v. Het krachtigste argument, dat BIERLING daarbij aanvoert, namelijk de verwijzing naar het veelvoudig gebruik van ficties, liever abstracties, in de theoretische wetenschappen, acht ik nietszeggend, wijl juist het verschil tusschen de *theoretische* en *practische* wetenschappen voldoende verklaart, dat bij de eerste kan worden uitgegaan van bekend onware onderstellingen, bij de laatste niet. De conclusiën der natuurkunde, scheikunde enz. zijn daarom juist bijna alle van *hypothetischen* aard, en zoodra men de resultaten dier wetenschappen in het dagelijksch leven gaat *toepassen*, zal men zich ook wel ervoor hoeden, ze anders dan als zoodanig te beschouwen.

tusschen individuen als tusschen het individu en den Staat, niet de eene doet steunen op een van de individuen onafhankelijk beginsel of gezag, de andere uit de willekeur van eene der partijen afleidt; — maar dit geschiedt dan ook, vooreerst door juist de laatstgenoemde basis, het met het ware wezen van het recht strijdige wilselement, ook in de verhouding tusschen de individuen door te voeren, — ten andere door eene vervorming van de begrippen recht en plicht, die met den inhoud dier begrippen, ook bij aanvaarding van het wilsdogma, volkomen in strijd is. Immers, objectieveert men den rechtsplicht, zoo laat het zich denken, dat men daarin òf alleen den Staatswil òf dezen, verbonden met den individueelen wil ontdekt, maar toch nimmer den laatsten alleen, zooals uit BIERLING's leer zou moeten volgen: de Staatswil, die mij gebiedt, mijne verbintenissen na te komen, staat toch in iedere wetgeving uitdrukkelijk neergeschreven, en vormt als zoodanig in BIERLING's systeem eene zelfstandige norm der eerste orde. Waar is nu de »Anspruch» van den Staat, den normgever, die uit deze norm voortvloeit? Zoo hij er is, zou ten slotte met tal van rechtsplichten niet één, maar telkens een tweetal »Ansprüche» corresponderen, een van het individu en een van den Staat. Geeft de Staat mij een bevel, zoo zou tegenover mijn plicht een »Anspruch» staan van den Staat; bepaalt de Staat daarbij, dat een ander de nakoming van zijn bevel kan eischen, m. a. w., kent de Staat eene actie toe, zoo zou de eerste »Anspruch» verloren gaan, en in de plaats daarvan er een treden van hem, wien de actie is gegeven; en dit, niet-

tegenstaande de Staat toch in beide gevallen de normgever is. Hoe rijmt BIERLING het voorts met zijne stelling, dat uit eene gemeenteverordening, toch ongetwijfeld een bevel van de gemeente, geen »Anspruch» voortvloeit van de gemeente, den normgever, maar van het Openbaar Ministerie, het orgaan van den Staat? ¹⁾) Zoo men in iederen rechtsplicht den passieven kant van een bevel, eene wilsuiting meent te moeten zien, zoo is die wil geen andere dan die van den Staat en zou dus in BIERLING's gedachtengang met iederen plicht een recht van dezen correspondeeren. Kent men aan het individu een recht toe, waar dit de nakoming van een plicht kan vorderen, en laat men tegenover alle andere plichten den Staat als berechtigd subject optreden, zoo moet men, — wil men het verwijt ontgaan, den Staat den dienst te laten doen van deus ex machina, om de theorie te redden, — tusschen recht en plicht een ander verband aanwijzen, dan uit de betrekking tusschen beveler en bevolene voortvloeit.

¹⁾ BINDING (Die Normen, 2^e druk, I, pag. 97 v.) neemt in dit geval een »Recht auf Botmässigkeit» aan, toekomende aan de organen van het gemeentebestuur; waaruit dit recht evenwel blijkt, verzuimt hij mede te deelen. Men zou in ons gemeenterecht kunnen denken aan den z.g. politiedwang van art. 180 Gem. wet. Maar zoude deze bevoegdheid der gemeentebesturen niet even goed als het recht tot strafvervolgung aan de Staatsorganen kunnen zijn toegekend? In ieder geval komt dit laatste recht toe aan den Staat en niet aan de gemeenten.

§ 3.

Het gewone betoog, om het noodzakelijk verband tusschen plicht en recht aan te toonen, steunt op den aard van den rechtsregel, als steeds betreffende gedragingen van den eenen mensch tegenover den anderen. De rechtsplicht — zoo zegt men, — betreft steeds, in tegenstelling tot den louter moreelen plicht, eene gedraging van mensch tot mensch, zoodat, waar door gebod of verbod de vrijheid van den een wordt beperkt, de rechtelijke vrijheid van een ander wordt uitgebreid: met iederen plicht zou dus steeds van zelf eene bevoegdheid zijn geboren.

Reeds vroeger ¹⁾ wees ik erop, dat men de uitdrukking »gedraging van mensch tot mensch», of »gedraging, waardoor men treedt in de sfeer van anderen», zóó heeft op te vatten, dat het recht alleen die menschelijke handelingen normeert, waarbij ook anderen eenig belang — welk dan ook — kunnen hebben. Zoo dus de vooropgezette stelling juist is, moet uit den rechtsplicht steeds eene bevoegdheid voortvloeien voor hem, in wiens belang hij werd opgelegd. Op wat lossen grondslag blijkt dan evenwel het verband tusschen recht en plicht te berusten! In den regel zijn tal van belangen, van het individu en van de gemeenschap, tegenwoordige en toekomstige, materieele, moreele en godsdienstige, bij een rechtsregel gemoeid. Zijn nu al de dragers van deze belangen berechtigd geworden door den opgelegden plicht? En hoe, als de plicht alleen in het belang van het toe-

¹⁾ pag. 39 en 51.

komstig geslacht is opgelegd, of als hij vooral voor den verbondene in diens eigen belang is neergeschreven? En wanneer het belang, dat den wetgever voor oogen stond, niet meer bestaat, ja zelfs de herinnering eraan is verdwenen, of als de wetgever zich heeft vergist, en het bedoelde belang door den rechtsregel eens werd geschaad, in plaats van gebaat? Gewoonlijk tracht men deze bezwaren te ontgaan, door slechts hem als den drager der bevoegdheid te beschouwen, wiens wil »maszgebend» is voor de verzorging van het door den rechtsplicht beschermde belang, die als »orgaan» van dat belang kan worden aangemerkt.¹⁾ Maar wie anders dan de wetgever kan bepalen, wien die rechtelijke positie toekomt? — Zoo blijkt voor het in het leven roepen der bevoegdheid eene nieuwe uitspraak van het recht noodig naast die, welke den plicht in het leven riep, eene uitspraak van gene soortelijk te onderscheiden.

§ 4.

Ad 2^{um}. Velen, die den rechtsplicht als zelfstandig begrip naast de bevoegdheid beschouwen en behandelen, ontkennen nochtans het zelfstandig karakter der bevoegdheid: eene bevoegdheid aan te nemen, zoo heet het, heeft geen zin, wanneer niet daarnaast tevens een ieders plicht wordt erkend, de geoorloofde handeling niet te storen. In dezen vorm zeker kan het verband tusschen bevoegdheid

¹⁾ Cf. Prof. H. KRABBE, Administratieve Rechtspraak, pag. 20.

en plicht niet worden aanvaard. Vragen wij ons al dadelijk af, hoe ver die plicht tot niet-hindering zich uitstrekt: omvat hij het verbod van *iedere* handeling, die de geoorloofde handeling zou onmogelijk maken? Of gaat hij soms nog verder en sluit hij ook het gebod in zich, tot het wegnemen van belemmeringen? Is alleen actief of ook lijdelijk verzet verboden? Ook het verijdelen zonder verzet? Zoo de bevoegdheid *logisch* den plicht omvat, zal ook de *logica* op deze vragen het antwoord moeten geven. Voorts zij de vraag gesteld, hoe de leer, dat geen geoorloofde handeling mag worden verhinderd, is te rijmen met de mogelijkheid, dat verschillende geoorloofde handelingen naast elkander onbestaanbaar zijn? Moet A voor B, of B voor A uitwijken, wanneer beiden krachtens een recht loopen over een pad op den grond van een ander? Sluit het occupatierecht van A ten opzichte eener zaak dit recht van B ten opzichte dierzelfde zaak uit? Terecht merkt BIERLING op, dat een algemeene plicht, nooit eene geoorloofde handeling te storen, niet kan bestaan, wijl daardoor ieders algemeene bevoegdheid weder zou worden illusoir gemaakt ¹⁾. Men heeft getracht den plicht tot niet-hindering te verflauwen, door te spreken van een plicht tot »erkenning» of »Beachtung» van de bevoegdheden van anderen; voor zooverre evenwel met deze erkenning niets anders gemeend is dan eene innerlijke geestesverrichting, is zij rechtens onverschillig;

¹⁾ Jurist. Principienlehre, I, pag. 163, trouwens in strijd met hetgeen hij op pag. 181 betreffende het occupatierecht aanvoert.

is er eene uiterlijke gedraging mede bedoeld, zoo blijft de vraag bestaan, welke? Op deze vraag kan niet de logica, niet de analyse van het begrip der bevoegdheid, noch die van den inhoud van iedere bevoegdheid het antwoord geven, maar alleen de wetgever.

Voor al denke men zich het verband tusschen bevoegdheid en plicht niet uniform of eenvoudig: om iedere bevoegdheid en plicht scharen zich, minder of meer verwijderd, tal van andere bevoegdheden en plichten, op veelsoortige wijze daarmede verbonden; van bepaalde »correspondeerende» bevoegdheden en plichten kan meestal niet worden gesproken. En waar zulks wèl kan geschieden, dringt zich de verscheidenheid dezer correspondentie bij oppervlakkige beschouwing reeds aan ons op: met de bevoegdheid van den tot een servituut gerechtigde correspondeert de plicht van anderen tot dulden of niet doen; met de bevoegdheid van den drager eener ridderorde correspondeert de plicht van niet gerechtigden zich hiervan te onthouden, misschien die der overheid ervoor te waken, dat zulks geschiedt; met de bevoegdheid van art. 41 Wetb. v. Strafv. correspondeert onmiddellijk geen plicht, zij omvat de bevoegdheid tot het verrichten van allerlei handelingen, gewoonlijk verboden; met het tuchtigingsrecht der ouders is het niet anders; met de bevoegdheid eindelijk van art. 714 B. W. correspondeert onmiddellijk plicht noch bevoegdheid, slechts wordt de bevoegdheid van anderen erdoor beperkt. In al deze gevallen evenwel is de *volle* beteekenis van de rechtelijke

bevoegdheid, met hetgeen daarmede z. g. »correspondeert», geenszins uitgeput; deze te kennen onderstelt kennis van het geheele rechtssysteem.

Onze slotsom is dus deze: bevoegdheid en plicht zijn zelfstandige begrippen, niet alleen aan het recht, maar het gansche gebied der ethiek eigen; de erkenning eener bevoegdheid als *rechtelijke* bevoegdheid, van een plicht als *rechtsplicht*, laat hun karakter als zoodanig onaangetast; alleen wordt door die erkenning aangeduid, dat die bevoegdheid en die plicht eene plaats innemen in een geheel van bevoegdheden en plichten, elkander wederkeerig bepalend en versterkend.

HOOFDSTUK IV.

Onrecht.

§ 1.

Bevoegdheid en plicht, — als subjectieve affecties de correlaten van den objectieven rechtsregel. Naast die naar hun onderling verband dringt zich de vraag naar voren naar de menschelijke levensfunctie, waaraan deze rechtelijke qualificaties zijn aangelegd. Is deze alleen te zoeken in het vermogen van den mensch, door zijne lichaamsbewegingen veranderingen in de buitenwereld te weeg te brengen? Of is ze in den wil gelegen, het vermogen, die veranderingen volgens voorafgaande voorstelling te doen plaats vinden? Moet daarnaast nog het vermogen worden geëischt, de rechtelijke of moreele beteekenis der wilsuitingen in te zien? Of eindelijk, kan slechts daar van bevoegdheden en plichten worden gesproken, waar de wetenschap of de schuldige onwetendheid aangaande hun bestaan het menschelijk handelen voorafgaat of vergezelt?

De litteratuur behandelt deze vragen gewoonlijk niet bij de begripsbepalingen van bevoegdheid en plicht, maar bij het leerstuk der *rechtskrenking* of van het *onrecht*. In aansluiting daaraan volge thans een kort overzicht van de litteratuur over dat leer-

stuk, voor zoover het met het besproken onderwerp verband houdt.

Het Romeinsche en Germaansche recht namen bij dit leerstuk, gelijk bij zoo menig ander, ieder een verschillend standpunt in. Het Romeinsche recht ¹⁾ bezag de rechtskrenking van den kant van den dader en eischte, wilde eene verplichting tot schadevergoeding in het leven treden, dat zijne daad hem kon worden verweten, hem als *schuldige* handeling kon worden toegerekend; het Germaansche recht daarentegen lette meer op de positie van hem, wiens rechtelijke belangen waren geschaad; of dit was geschied opzettelijk, door onvoorzichtigheid of door eene geheel ontoerekenbare daad, was voor dezen onverschillig, de geleden schade behoorde vergoed te worden door hem, die ze had toegebracht. ²⁾ Tusschen deze beide zienswijzen hadden de natuurrechtelijke stelsels te kiezen: werd in het stelsel tot uitgangspunt de *rechtsplicht* gekozen, zoo lag de Romeinsche opvatting voor de hand, werd het *subjectieve recht* voorop gesteld, zoo was meer grond voor aanvaarding van het Germaansche beginsel. Zooals te verwachten was, kwam het natuurrecht, evenmin als betreffende zijn theoretischen grondslag, aangaande deze praktische toepassing tot eene bevredigende oplossing; ook in de wetgevingen vermocht geen der beide opvattingen de andere geheel te verdringen. ³⁾

¹⁾ Ten minste het latere.

²⁾ Dat in beide rechten uitzonderingen waren, doet niets af aan het feit, dat bovenstaande beginselen de hoofdrichting weergeven.

³⁾ Men zie over deze strijdvraag in het natuurrecht vooral

Met HEGEL komt de strijd in eene andere phase. Het Germaansche recht kende reeds eene tegenstelling tusschen straf en schadevergoeding: voor de rechtvaardiging der straf eischte het in den regel *schuld*, voor het ontstaan van den plicht tot vergoeding niet. HEGEL maakt deze tegenstelling tot eene dogmatische, gebaseerd op zijn fundamenteel rechtsbegrip. Hij verdeelde het onrecht in twee hoofdtypen, het *burgerlijkrechtelijk* en het *strafrechtelijk* onrecht¹⁾; aan die onderscheiding legde hij twee criteria ten grondslag, die elkander niet geheel dekten: eensdeels treedt het *subjectieve* element op den voorgrond, als hij het burgerlijk onrecht het »unbefangene» onrecht noemt — inbreuk op rechten van anderen, zonder eenig opzet of schuld van den dader, — en voor het strafrechtelijk onrecht opzettelijke schennis eischt van den objectieven rechts-

Dr. F. HEPP, Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts, (1838); de Germaansche rechtsbronnen vindt men bijeenverzameld bij Dr. M. TÖNSEN, Grundsätze eines allgemeinen positiven Privat-Rechts, (1828) pag. 229—259. In hoeverre in de vreemde Romeinsche wetboeken de beginselen der Lex Aquilia werken overgenomen, vindt men behandeld bij SCHILTER, Exerc. ad Pand. XIX, th. 52 v. In het natuurrecht vindt men het Germaansche beginsel vooral verdedigd door THOMASIIUS in zijne verhandeling, »Larva legis Aquiliae detracta», het Romeinsche door PUFENDORF, De iure nat. et gent, III, 1, § 6. Eigenaardig is, dat THOMASIIUS de aansprakelijkheid van kinderen en krankzinnigen reeds op juist denzelfden grond verdedigt als vele moderne schrijvers, o. a. STROHAL en RÜMELIN, namelijk op grond, dat ieder moet instaan voor datgene, wat het uitvloeisel is van zijne individualiteit: »furor tuus est, infantia tua est, ergo ad te etiam pertinent omnia quae ex furore et infantia sequuntur.» l. c., § IX.

¹⁾ Daartusschen kent HEGEL nog eene tusschensoort, het bedrog — waar het onrecht den schijn van recht aanneemt.

regel, — anderdeels legt hij op het *objectieve* element den nadruk, als hij in den burgerlijken rechtsstrijd niet het objectieve recht »als das Allgemeine und Entscheidende» betrokken acht, maar alleen het *bijzondere recht* van den een of den ander — »die Subsumtion der Sache unter das Eigenthum des einen oder des anderen», — en in het misdrijf een »negativ- unendliches Urtheil» ziet, waardoor het objectieve recht in zijne algemeene gelding, zij het in den vorm van een bijzonder recht, wordt genegeerd ¹⁾).

Gelijk te doen gebruikelijk was, werd aanvankelijk HEGEL eenvoudig nageschreven, zoo o. a. door ABEGG ²⁾, AHRENS ³⁾, TRENDLENBURG ⁴⁾, LUDEN ⁵⁾, BERNER ⁶⁾, e. a. De noodzakelijkheid, waarin men zich bevond, tusschen de beide criteria van HEGEL eene keuze te doen, riep spoedig den strijd in het leven. Dat burgerlijk onrecht even goed opzettelijk of culpoos

¹⁾ HEGEL, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 82 v.

²⁾ Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, § 4, § 65. Eigenaardig is zeker dat ABEGG naast de aanvaarding der Hegeliaansche onderscheiding neerschrijft: »Die Frage, ob das Unrecht Civil- oder Criminal-Unrecht sei, beantwortet sich concret nur in historischer Weise».

³⁾ Rechtsphilosophie, (4^e druk), pag. 421. In latere drukken legt AHRENS meer den nadruk op den *vorm*, waarin het onrecht zich voordoet, of het namelijk al dan niet zich hult in den schijn eener rechtshandeling. Dan wordt evenwel het gebied van het burgerlijk onrecht veel te beperkt. Zie den 7^{en} druk (Fransche uitgave) I, pag. 228.

⁴⁾ Naturrecht, § 54 v.

⁵⁾ Handbuch, pag. 198, Anm. 1.

⁶⁾ Lehrbuch des deutschen Strafrechts, § 2, § 35: In zijne latere uitgaven heeft hij deze meening geheel opgegeven en van eene theoretische onderscheiding tusschen beide soorten onrecht af-

als schuldeloos zich kan voordoen, kon moeilijk lang verborgen blijven: zoo was het te voorzien, dat het objectieve criterium aanvankelijk de overhand zou behouden, zoo o. a. bij PUCHTA ¹⁾, VON STAHL ²⁾, UNGER ³⁾, BEKKER ⁴⁾ e. a. Nadere beschouwing van dat objectieve criterium deed evenwel zien, dat het subjectieve element daarnaast onmogelijk kon worden gemist; immers, wanneer het algemeene recht kan worden genegeerd door krenking van het bijzondere recht, of, zooals HEGEL het uitdrukte, wanneer door het misdrijf »*nicht nur* das Besondere, die Subsumtion einer Sache unter meinen Willen, *sondern zugleich* das Allgemeine, Unendliche im Prädicate des Meinigen. . . . negirt wird», — dan kan immers het object van burgerlijk en crimineel onrecht hetzelfde zijn, — het bijzondere recht, — en hangt het af van den wil of de gezindheid van den dader of hij alleen het bijzondere recht, met erkenning van het algemeene, of daarmede tevens het algemeene negeert.

gezien. Slechts één wezenlijk verschilpunt schijnt hij nog te erkennen: »Bei der Strafbarkeit ist der Unterschied von Absicht und Fahrlässigkeit wesentlich; bei der Ersatzpflicht ist er gleichgültig.» 16^e druk, § 2.

¹⁾ Cursus der Instit., (1^e dr.) I, pag. 69 v. Het subjectieve element ontbreekt trouwens bij PUCHTA niet geheel. Eigenaardig is het, dat PUCHTA de tegenstelling maakt niet zoozeer tusschen civiel en crimineel onrecht, als wel tusschen het voorwerp van het civiele en dat van het crimineele proces; tot het eerste rekent hij dan niet alleen krenking van burgerlijke rechten, maar ook van publieke rechten.

²⁾ Philosophie des Rechts, (1^e dr.) II, 2, pag. 385 v.

³⁾ System, II, § 109.

⁴⁾ Dr. E. J. BEKKER, Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts, I, § 8 en 10.

Na deze erkenning keerden nu sommigen »frohen Mutes» terug tot het subjectieve criterium in Hegeliaanschen trant, zooals KÖSTLIN¹⁾, JOHN²⁾, WALTHER³⁾; voor zoover die theorie niet paste aan het rechtsleven, zag men er geen bezwaar in, het laatste naar de theorie te verwringen⁴⁾; — anderen gingen nieuwe wegen in, loochenden de fundamenteele tegenstelling tusschen beide soorten onrecht, eischten *schuld* zoowel voor de eene als voor de andere, en banden het schuldellooze onrecht buiten de rechtswetenschap; zoo het eerst Dr. ADOLF MERKEL⁵⁾.

MERKEL's bekende »Kriminalistische Abhandlungen» (1867) brachten eene verschuiving van de strijdvraag te weeg: de principieele grensbepaling

¹⁾ Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, § 3; System, I, § 2. Onrecht door frivoliteit, lichtzinnigheid, eigenmachtigheid e. d. brengt KÖSTLIN nog tot het burgerlijke, hoewel op de grens van het crimineele.

²⁾ GOLTDAMMER's Archiv für preusz. Strafr., 1855, pag. 632.

³⁾ Krit. Vierteljahrschrift, II, pag. 332 v.

⁴⁾ Zoo wil JOHN de culpoze delicten niet tot de delicten rekenen en voor doloos civiel onrecht is in zijn stelsel evenmin plaats. WALTHER erkent, dat zijne theorie niet met het geldend recht overeenstemt, maar dat doet z. i. aan de juistheid der begripsbepaling niets af; hij verwacht dat in de toekomst, in eene hoogere »Culturstufe», het recht zich wel naar zijn begrip zal vormen.

⁵⁾ Het voorafgaand vluchtig overzicht van de litteratuur tot hiertoe is voldoende om een inzicht te geven in de hoofdstroomingen betreffende deze strijdvraag, en de beteekenis van MERKEL's stelling daartegenover in het licht te stellen. Uitvoeriger behandeling vindt men in de eerste der »Kriminalistische Abhandlungen» van A. MERKEL, »Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen», in de verhandelingen van HÄLSCHNER in de »Gerichtssaal» 1869, »Die Lehre vom Unrecht und seinen verschiedenen Formen», en bij Dr. M. HEYSSLER, »Das Civilunrecht und seine Formen», pag. 10 v.

tusschen crimineel en burgerlijk onrecht raakt op den achtergrond¹⁾, en in de plaats daarvan wordt het schuldeloos onrecht zelf, de handhaving ervan in rechtswetenschap en rechtspraktijk, het voorwerp van een strijd, die nog niet ten einde is gekomen. Eenerzijds tracht men het schuldeloos onrecht, in wetgeving en rechtspraak erkend, eene constructie te geven, in overeenstemming met het grondbegrip van het objectieve recht, — anderzijds volgt men MERKEL in zijn pogen, om aan de verschijnselen, onder die benaming samengebracht, eene andere plaats in het systeem te geven, die hunne ware beteekenis beter in het licht stelt. Over beide richtingen volgt thans een critisch overzicht.

§ 2.

In de eerste richting, die het schuldeloos onrecht handhaaft, treft men verschillende nuances aan :

¹⁾ Dat het reeds een overwonnen standpunt zou zijn, dat zulk eene principieele grensbepaling is te geven, zooals V. LISZT (Lehrbuch § 24, n. 1) beweert, kan moeilijk worden toegegeven, als men ziet, hoe onlangs SJÖGREN (Archiv für's öffentl. Recht, XXXV) met kracht de oude stelling weer opvatte in den gewijzigden vorm, dat straf en schadevergoedingsplicht als soortelijk verschillende gevolgen op soortelijk verschillende rechtsfeiten moeten heenwijzen; ook BINDING, hoewel zich een volgeling van MERKEL verklarend en mitsdien de tegenstelling verwerpend, behandelt toch verder het delict en het burgerlijk onrecht als twee geheel verschillende soorten, met aanduiding van den grond der onderscheiding in den aard der handeling (Die NORMEN, 2^e dr. pag. 270 en 298 v.). Cf. SJÖGREN, l. c., pag. 358 en Prof. SIMONS in het Rechtsgeleerd Magazijn, 1902, pag. 6 v.

het verst gaan HEYSSLER, THON en BINDING. De beide eersten achten voor burgerlijk onrecht niet alleen geen *schuld*, maar zelfs geen *wil* noodig: kinderen en krankzinnigen plegen volgens hen onrecht, zoo dikwijls hunne lichaamsbewegingen anders zijn, dan de rechtsnormen eischen. BINDING, die in den eersten druk van zijn werk »Die Normen und ihre Uebertretung» zich een volgeling had getoond van MERKEL, en met deze had getracht een groot deel van het schuldeloos onrecht in »Schuldhaftes» om te zetten, verklaart in den tweeden druk dit pogen mislukt, leidt het schuldeloos onrecht weer binnen, en gaat daarin veel verder dan iemand vóór hem, door niet alleen menschelijke handelingen, maar ook handelingen van dieren en zelfs werkingen der elementen als zoodanig te qualificeeren. IHERING, HÄLSCHNER, WACH, DERNBURG, WINDSCHEID en SJÖGREN achten evenmin schuld een noodzakelijk vereischte voor onrecht, maar noemen toch alleen die handelingen onrechtmatig, welke het uitvloeisel zijn van een normalen menschelijken wil. NEUNER schijnt een tusschenliggend standpunt in te nemen, wanneer hij schuld noodzakelijk acht, zoo dikwijls het onrecht bestaat in een : »Verbringen dessen, was dem Berechtigten vermöge seines Rechts gebührt», daarentegen »das rein objectiv gestört sein» voldoende acht, waar het geldt een »Vorenthalten dessen, was dem Berechtigten vermöge seines Rechts gebührt» ¹⁾.

¹⁾ Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, pag. 162 v.

§ 3.

De theorie, volgens welke HEYSSLER en THON het schuldeloos onrecht construeeren in verband met den algemeenen vorm van het objectieve recht, is hoogst eenvoudig: het objectieve recht richt zijne geboden en verboden aan iederen mensch, toerekeningsvatbaar of niet; iedere menschelijke handeling, in strijd met die voorschriften verricht, is onrechtmatig; of een onrechtmatig handelen rechtsgevolgen heeft en welke, of voor het intreden van bepaalde rechtsgevolgen, — de verplichting tot schadevergoeding en in het bijzonder de straf, — nog andere eischen dan die der objectieve onrechtmatigheid moeten worden gesteld, is niet in 't algemeen te zeggen, maar slechts uit de betreffende voorschriften van iedere wetgeving af te leiden; de tegenwoordige wetgeving is in hare reactie tegen het oude recht te ver gegaan, heeft te veel op het element der schuld, te weinig op dat der objectieve onrechtmatigheid den nadruk gelegd ¹⁾.

De theorie is eenvoudig, maar — dicht aan den wetgever iets toe, wat het gezonde menschenverstand moeilijk als redelijk kan verstaan: wat voor zin heeft het, bevelen te richten tot wezens, van welke men weet, dat zij die nimmer zullen kunnen begrijpen of opvolgen? ²⁾ Drieërlei grond voert

¹⁾ HEIJSSLER, das Civilunrecht und seine Formen, pag. 17 n. 8 en in GRÜNHUT's Zeitschrift, VI, pag. 357 v. Zie THON, l. c., pag. 71 v.

²⁾ Cf. A. MERKEL in GRÜNHUT's Zeitschrift, VII, pag. 383; BINDING, Die Normen l. c., (2^e dr.) I, pag. 99 v.; SJÖGREN in IHERING's Jahrb. XXXV, (1896), pag. 372.

THON voor zijne opvatting aan: vooreerst zou het onrechtmatig karakter van de handelingen van ontoerekeningsvatbaren blijken uit de omstandigheid, dat anderen bevoegd zijn, die handelingen te verhinderen; vervolgens betoogt THON de onbillijkheid, dat schade, door willoozen toegebracht, niet door hen zou behoeven te worden vergoed; eindelijk wijst hij erop, dat omnium consensu willoozen rechtens geldig kunnen verbonden zijn. De beide eerstgenoemde argumenten zijn reeds herhaaldelijk weerlegd: het eerste berust op de verkeerde onderstelling, dat het verhinderen van ongeoorloofde handelingen in 't algemeen geoorloofd zou zijn; waar de bevoegdheid of de plicht daartoe bestaat, zullen deze veeleer als het uitvloeisel moeten worden beschouwd van de bevoegdheid of den plicht, een bepaald rechtsgoed of belang tegen benadeeling of inbreuk te beschermen, van welke zijde deze ook mogen dreigen; — het billijkheidsargument zegt niets, zoolang niet blijkt, dat de verplichting tot schadevergoeding alleen het gevolg kan wezen eener *onrechtmatige* handeling. Aan het laatste argument, — dat iedereen toch verbintenissen van willoozen erkent, — wordt gewoonlijk weinig aandacht geschonken; het berust op de vereenzelviging van *rechtsplicht* en *verbintenis*, waarbij als vanzelf sprekend wordt aangenomen, dat de constructie van het samengestelde rechtsbegrip der verbintenis niet mogelijk is, zoo men niet den uit een imperatief voortvloeienden eenvoudigen rechtsplicht van den schuldenaar erin betreft, terwijl bovendien juist de aanvaarding van den imperativistischen vorm

aller rechtsregelen het plichtsbegrip verduistert. ¹⁾

Binding, die THON's theorie heftig bestrijdt, meent het schuldeloos onrecht te redden door eene onderscheiding der rechtsvoorschriften in »reine Normen», het uitvloeisel van het objectieve recht der overheid op gehoorzaamheid, welke zich alleen richten aan toerekeningsvatbare personen en voor dezen een »Pflicht höchstpersönlichen Gehorsams» in het leven roepen, — en die normen, welke de keerzijde vormen van andere subjectieve rechten dan het recht van den Staat op gehoorzaamheid, — die zich richten aan een ieder, en een rechtsplicht, eene gebondenheid doen ontstaan, welke even goed door derden als door den schuldenaar zelf kan worden vervuld. ²⁾ Overtreding dezer laatste voorschriften is wel »Gesetzwitzigkeit» geen »Normenwidrigkeit». Daar het nu verder voor een recht hebbende onverschillig is, of een mensch, te goeder of te kwader trouw, met of zonder normalen wil, — dan wel dieren of de elementen zijn recht benadeelen, zoo acht BINDING het »schlechterdings unzulässig», als oorzaak van onrecht alleen menschelijke handelingen te beschouwen.

Zonderlinge leer! Men mocht verwachten, dat aan de onderscheiding der normen in twee zoo geheel uiteenlopende soorten, waarvan de eene zich slechts *kan* richten aan toerekeningsvatbaren, ³⁾ de andere

¹⁾ Hierover nader pag. 63 v.

²⁾ l. c., pag. 99 v., 243 v., 299 v.

³⁾ BINDING spreekt telkens van »Handlungsfähigen» in verband met zijne opvatting van het begrip »handeling», te vinden in deel II (1^e druk) pag. 35.

de geheele levende en levenlooze natuur beheerscht, eene uitvoerige uiteenzetting werd gewijd: een paar regels tekst en een noot moeten ze ons duidelijk maken! Het eenige, wat we ervan hooren, is, dat de plichten, uit de eerste soort voortvloeiende, hoogst-persoonlijk zijn, terwijl de andere door derden kunnen worden vervuld. Alsof plaatsvervanging in den militieplicht nimmer had bestaan! Alsof er geen verbintenissen *ad faciendum* zijn, die slechts door den schuldenaar kunnen worden nagekomen! En die »Gebundenheit» van den storm om mijn huis te respecteeren! De wil der wet, zegt BINDING, uit zich in de toekenning van het subjectieve recht en alles, wat dit subjectieve recht benadeelt, is in strijd met dien wil en daarom onrecht. Maar die wil zal toch wel een *redelijke* zijn, en een redelijke wil is toch niet gericht op het tegengaan van iets, dat geen menschenmacht in staat is te weren!

§ 4.

»De rechtstoestand van den bezitter te goeder trouw kan niet rechtmatig worden genoemd, dús is onrecht bestaanbaar zonder schuld van hem, die het pleegt. Waar evenwel geen handeling is, terug te brengen tot een normalen menschelijken wil, kan wél het *rechtsgoed*, nooit het *recht* zijn gekrenkt.» Zoo ongeveer VON IHERING in zijne beroemde verhandeling over het »Schuldmoment im Römischen Privat-Recht». ¹⁾ Deze stelling en conclusie, door

¹⁾ Pag. 6 v.

VON IHERING niet nader uitgewerkt, vormen het thema, dat aan de uitvoerige uiteenzettingen van HÄLSCHNER¹⁾ en SJÖGREN²⁾ ten grondslag ligt, terwijl het door WACH³⁾, DERNBURG⁴⁾ en WINDSCHEID⁵⁾ wordt beaamd.

HÄLSCHNER vlecht zijne beschouwingen over het schuldeloos onrecht nog in eene verhandeling over de tegenstelling tusschen crimineel en burgerlijk onrecht; hij tracht met behoud van de grondgedachte van HEGEL, diens leer te verdiepen en te verbeteren. Hij erkent, dat krenking van het bijzondere, het subjectieve recht, niet mogelijk is zonder strijd met het objectieve recht. »Das Unrecht setzt in allen Fällen einen in der Handlung sich äussernden Widerspruch der subjectiven Willensbestimmung gegen das Recht im objectiven Sinne voraus.» Daarom acht hij geen onrecht denkbaar, waar niet eene handeling, als normale wilsuiting aanwezig is. In den regel zal ook eene handeling niet als onrechtmatig kunnen worden beschouwd, tenzij de dader de onrechtmatigheid ervan kent, of ten minste had kunnen en moeten inzien. Nochtans, ook bij het ontbreken van iedere schuld bij den dader, is onrechtmatigheid zijner wilsuiting denkbaar: *zoo dikwijls hij met zijne handelingen een rechtsgevolg*

¹⁾ Gerichtssaal, 1869, pag. 11 v., pag. 81 v., 1876, pag. 401 v.

²⁾ Zur Lehre von den Formen des Unrechts und den Thatbeständen der Schadenstiftung, in IHERINGS Jahrb., XXXV, pag. 343 v.

³⁾ Gerichtssaal 1873, pag. 448 v.

⁴⁾ Pandekten, (2^e druk) I, § 86.

⁵⁾ Pandekten, (7^e dr.) I, pag. 285.

beoogt, dat de wet daaraan niet toekent. — Volkomen te goeder trouw kan zulks plaats vinden, — het neemt niet weg, dat de wil van den dader hier in strijd geraakt met den wil van het objectieve recht, en daarom als onrechtmatig moet worden gekenmerkt.

Het gebied van het schuldeloos onrecht is dus bij HÄLSCHNER zeer beperkt; het kan alleen voorkomen bij handelingen, gericht op het doen intreden of het niet doen intreden van een rechtsgevolg. Als iemand te goeder trouw in verschoonbare dwaling mijn goed beschadigt, is zulks geen onrecht: hij beoogt slechts een *materieel*, geen *rechtelijk* gevolg. Als de bezitter te goeder trouw de zaak gebruikt, de vruchten ervan geniet, is zulks geen onrecht, — de eigenaar heeft de daardoor veroorzaakte schade als eene toevallige te dragen. Voor zoover evenwel de bezitter te goeder trouw *eigenaar wil zijn*, voor zoover iemand, die te goeder trouw een nietig huwelijk sluit, dat huwelijk *als rechtsgeldig wil zien aangemerkt*, — voor zoover gaat hun wil lijnrecht in tegen dien van den wetgever, en verschaft deze laatste middelen, om dien onrechtmatigen toestand te doen eindigen.

De beperkte omvang, welken bij HÄLSCHNER het schuldeloos onrecht verkrijgt, ontnemt aan zijne leer bijna iedere beteekenis voor de verklaring van de verplichting tot schadevergoeding in die zoo talrijke gevallen, waarin buiten gebleken schuldverband de wetgeving ze kent en de wetenschap ze bepleit, omdat in die gevallen juist de materieele beschadiging van eens anders rechtsgoed, zonder beoogd rechtsgevolg, op den voorgrond treedt. Maar zelfs in dien beperkten omvang deugt HÄLSCHNER's

constructie niet. Hij ontgaat de fout van BINDING, door niet aan den wetgever een wil toe te dichtten, dien hij zeker nooit heeft: terecht laat hij 's wetgevers wil zich richten op *rechtsgevolgen* en met *dien wil* den individueelen wil contrasteeren. Hij ziet evenwel voorbij, dat, — zoo men de terminologie aanvaardt, die de rechtsgevolgen beschouwt als gevolgen van den wil van het objectieve recht, — dan ook de individueele wil, die zich tegen het intreden van die gevolgen verzet, gerustelijk als eene »quantité négligeable» kan worden opzij gezet. De bezitter te goeder trouw *wil* eigenaar zijn, de wetgever *wil* zulks niet, — welnu, de bezitter *is* geen eigenaar; de »rechtens bovendrijvende» wil van den wetgever ontnemt aan den individueelen wil iedere beteekenis! De wetgever behoeft hier dien individueelen wil niet als *onrechtmatig* te beschouwen, omdat hij *nutteloos* is, het beoogde doel niet bereikt.

Hoe geringe beteekenis de individueele wil bezit, gericht op een rechtsgevolg, hetwelk de wetgever weigert toe te kennen, kan hieruit blijken, dat eensdeels handelingen, van zulk een wil het uitvloeisel, meermalen iedere rechtelijke beteekenis missen; andersdeels handelingen, te goeder trouw verricht zonder bepaald rechtsoogmerk, tot schadevergoeding kunnen verplichten. Zoo dikwijls bijv. eene quasi-rechtshandeling in genere in het objectieve recht onbekend is, volgt uit het stilzwijgen der wet, dat ze niet in het minste gevolg heeft; is de rechtshandeling wel in genere bekend, maar ontbreekt eene der door de wet gestelde materieele of formeele vereischten, zoo kan het zijn, dat de

wetgever dit gebrek van niet voldoende beteekenis acht, om het beoogde rechtsgevolg te weigeren, — of wel hij verklaart de rechtshandeling als zoodanig nietig, d. i. ontzegt eraan het beoogde rechtsgevolg. In beide gevallen kan het zijn, dat de handeling zelve rechtens onverschillig of onrechtmatig is, — dit laatste volgt echter nimmer alleen daaruit, dat met de handeling een rechtsgevolg bedoeld werd in strijd met de wet, maar daaruit, dat de handeling zelve of, zoo men wil, de poging tot de rechtshandeling, *verboden* was. Omgekeerd kent de wetgeving verschillende gevallen, waarin eene verplichting tot schadevergoeding voortspruit uit beschadiging of verbruik van eens anders goed zonder eenig rechtelijk doel, alleen in het belang van den dader, ook waar dezen dienaangaande volstrekt geen verwijt kan worden gemaakt. Wanneer de wil, gericht op een rechtsgevolg, dat de wet niet wil zien intreden, aan de handeling, die daarvan het uitvloeisel is, rechtelijke beteekenis verleent, ze stemt tot eene onrechtmatige, zal er naast den rechtsregel, die het beoogde rechtsgevolg ontzegt, eene andere moeten zijn, die het verrichten van die handeling met dat bepaalde doel *verbiedt*. Zoo komen wij steeds met ons onderzoek terug op hetzelfde terrein: is het mogelijk dat schuldeloos een verbod wordt overtreden? Eene vraag, die HÄLSCHNER ontkennend beantwoordt.

§ 5.

Ten slotte de uiteenzettingen van SJÖGREN, de laatste poging, eene dogmatische tegenstelling tusschen civiel en crimineel onrecht te construeeren, tevens de laatste theorie betreffende het schuldeloos onrecht. SJÖGREN onderscheidt in het objectieve recht twee soorten regelen: de imperatieven, — geboden en verboden, — en de »berechtigende» rechtsregelen; uit de eerste soort vloeit een rechtsplicht voort, uit de tweede een subjectief recht. Dat subjectieve recht denkt hij zich geheel anders dan de gangbare theorieën, hij maakt het geheel zelfstandig tegenover den rechtsplicht: mitsdien bestrijdt hij zoowel de leer, o.a. van THON en BIERLING, die het subjectieve recht geheel doen opgaan in rechtsplichten, als de leer van MERKEL e. a., die het als de keerzijde der rechtsplichten beschouwen; evenmin is het de eenvoudige bevoegdheid, door mij als subjectief correlaat van den veroorloovenden rechtsregel verdedigd.

Het subjectieve recht is volgens SJÖGREN een door het objectieve recht toegekende, gewilde *toestand van macht*, die zijne beteekenis als »opus juris» in zich zelf heeft, onafhankelijk van willen en handelen zoowel van den berechtigde als van anderen, hetgeen evenwel niet wegneemt, dat de omvang dier macht niet anders kan worden bepaald dan door de in het objectieve recht gesanctioneerde uitoefeningshandelingen en in de rechtsgevolgen, welke stoornis dier macht door anderen medebrengt.

Niet alleen in het zakelijke, maar ook in het persoonlijke recht behoort deze actieve zijde op den voorgrond te worden gesteld; de daartegenoverstaande gebondenheid van anderen komt eerst in de tweede plaats, als aan die macht inhaerent, in aanmerking. Men verwarre ook die *gebondenheid* niet met den *rechtsplicht*: de laatste is het onmiddellijk uitvloeisel van een imperatief, slechts denkbaar bij toerekeningsvatbare personen; de eerste het secundaire gevolg van een »berechtigenden» rechtsregel, door den inhoud daarvan bepaald en daarom evenzeer bij willoozen bestaanbaar. Hieruit volgt, dat iedere handeling, ook de schuldelooze, die niet beantwoordt aan den wil van het recht, zooals deze zich uit in den »berechtigenden» regel, als met dien wil in strijd, *onrecht* moet heeten. Zoo is het civiele, het schuldeloos onrecht door de juiste omschrijving van het subjectieve recht geconstrueerd, zonder dat daarbij eenige normovertreding, --- welke zonder schuld niet kan geschieden, --- is betrokken. Een voorbeeld ter verduidelijking: als iemand eigenaar is eener zaak, wil dit zeggen, dat het objectieve recht hem met betrekking tot die zaak in eene bepaalde latente machtspositie plaatst; welke die machtspositie is, weten we, wanneer we bekend zijn met de handelingen, waartoe hij krachtens die macht bevoegd is, en wanneer we tevens weten, in welke gevallen inbreuk op die macht door anderen rechtsgevolgen heeft en welke. Iedere inbreuk op die macht, die rechtsgevolgen heeft, is *onrecht*; heeft hier en daar slechts eene *schuldige* inbreuk rechtsgevolgen, zoo blijkt het recht in die richting

minder in omvang dan daar, waar ook de *schuldellooze* krenking rechtsgevolgen medebrengt.

Men kan niet dan toegeven, dat het SJÖGREN inderdaad is gelukt, het schuldeloos onrecht en de rechten en verbintenissen van willoozen, die tot nu toe in geen systeem behoorlijk tot hun recht kwamen, in overeenstemming te brengen met de principieele beschouwing van het objectieve recht. Zijne methode stond hem borg, dat hij dat resultaat moest bereiken: niet als anderen vormt hij zich van elders zijne denkbeelden over den vorm van het objectieve recht, om dan te trachten die aan te passen aan de te verklaren verschijnselen, — neen, die verschijnselen zelve strekken hem tot uitgangspunt, om van daaruit den vorm van het objectieve recht te leeren kennen. Er *zijn* verbintenissen van willoozen, — plichten kunnen het niet zijn, — daartegen verzet zich het plichtsbegrip, — dus *moet* het recht andere gebondenheden kennen dan plichten, mitsdien ook andere rechtsregelen dan imperatieven; er *is* schuldeloos onrecht, dus *moeten* er rechtskrenkingen wezen, die niet tot plichtsovertredingen zijn terug te brengen, — dus *moet* het subjectieve recht, en de regel, die het toekent, een zelfstandigen inhoud hebben naast den plicht en den imperatief. — »Wenn unzurechnungsfähige Personen passive Subjecte privater Rechtsverhältnisse sein können, bezw. bei zurechnungsfähigen eine privatrechtliche Verantwortlichkeit ohne Verschulden möglich ist, so musz gesagt werden, dass die Zurechnungsfähigkeit (in abstracto wie in concreto) nicht die Bedingung der Verantwortlichkeit sein kann.

Ist es nun widersinnig, einen Imperativ an den Unzurechnungsfähigen zu richten, bezw. zu sagen, dasz Jemand, der seine Pflicht nicht kennen *sollte*, weil er dieselbe nicht kennen konnte, d. h. dem es im einzelnen Falle nicht oblag, eine Norm zu kennen, einer Pflichtverletzung schuldig sei, so bleibt nur der Ausweg, die Gebundenheit als die Folge eines berechtigenden Rechtsatzes zu konstruieren» ¹⁾ — Nu de gangbare opvattingen van het objectieve recht het schuldeloos onrecht en de verbintenissen van willoozen niet kunnen verklaren, behoort men die opvatting zóó te wijzigen, dat beide verschijnselen hunne plaats erin kunnen vinden. — De methode verdient zeker de voorkeur boven iedere andere, die de waargenomen verschijnselen naar eene vooropgezette begripsbepaling verwringt. De juistheid der leer zal vooral moeten worden beoordeeld naar het beeld van het objectieve recht, dat ze ons te aanschouwen geeft.

Al dadelijk zij opgemerkt, dat in het objectieve recht, naar SJÖGREN's beeld, *tweeërlei wil* voor den dag treedt: eensdeels de wil als *bevelende macht*, anderdeels de wil als *reële causaliteit*. Het recht *beveelt* handelingen door zijne imperatieven, het *wil* en *veroorzaakt* toestanden door zijne »berechtigende» regelen. Zoo is inderdaad de tegenstelling bedoeld: de bevelende wil werkt motiveerend, — vandaar geen normovertreding zonder toerekeningsvatbaarheid en schuld; de werkende wil bezit »Causationsfähigkeit», brengt een »opus» voort, dat hij herstelt,

¹⁾ l. c., pag. 371, 372.

waar het, hoe dan ook, met of zonder schuld, door tegenstrijdige handelingen werd beschadigd.

Op zich zelf kan tegen zulk een dualistische karakteriseering van het recht geen bezwaar bestaan, daar de begripsmatige éénheid wellicht in het doel zou kunnen worden teruggevonden. Onaannemelijk evenwel is het, een werkenden wil toe te kennen aan — of te zien in eene abstractie als het objectieve recht. Een bevelende wil is in zijne voortdurende werking los te maken van den persoon, van wien hij uitging, krachtens het blijvend rechtsbeginsel, waarop diens autoriteit berust; een werkende wil daarentegen is voor het heden *daad*, voor de toekomst *voornemen*, en deze beide wijzen *bij voortduring* heen naar een *persoon*, van wien ze uitgaan. Men kan dus niet het recht als werkenden wil objectiveren, tenzij men in zijne begripsbepaling als zoodanig de Overheid of den Staat als drager van dien wil opneme. — SJÖGREN betoogt wel, dat het recht als eene *macht* moet worden beschouwd, die met andere machten de levensverhoudingen der menschen vormt, maar, waar hijzelf die macht als *ethische* macht erkent, kan die beschrijving wél passen op den krachtens een ethisch beginsel bevelenden wil, niet op den werkenden wil zonder meer.

Is nu het begrip der overheid in de rechtsdefinitie van SJÖGREN onmisbaar, zoo behoort eene analyse van dit begrip vooraf te gaan, alvorens het karakter van dien werkenden wil kan worden vastgesteld. Niet iedere wil toch, gericht op een toestand van latente macht, schept een *recht*: dan immers stond onrecht en recht gelijk! Het objectieve recht is niet

»een gewilde toestand» zonder meer, — aan zulk een abstractum zou niemand iets hebben, — maar »een door de overheid gewilde en gehandhaafde toestand». Nu ontbreekt bij SJÖGREN iedere analyse van het overheidsbegrip; hier kan daaraan ook nog niet worden gedacht, maar zooveel kan zonder uitzicht op veel tegenspraak worden geconstateerd, dat de begrippen bevoegdheid en plicht in hare definitie niet kunnen worden gemist. Is dit juist, dan blijken die beide begrippen de primaire te zijn, waaruit het subjectieve recht als secundair begrip moet worden afgeleid. Maar dan is de tweeledige indeeling van het objectieve recht, door SJÖGREN aan zijne deductie ten grondslag gelegd, ook geen principiele en dus voor het beoogde doel onbruikbaar. Trouwens, SJÖGREN zelf heeft dit gevoeld: immers, daargelaten, dat hij bovendien nog spreekt van een »Wollendürfen» ¹⁾, dat geen subjectief recht is, en dus onder geen der beide categorieën eene plaats vindt, erkent hij: »Es mag zugegeben werden, dass unsere Definition keine Begriffsbestimmung im strengsten Sinne giebt — was eben sowenig bei den Definitionen der herrschenden Ansicht der Fall ist — sondern sie giebt nur einen Allgemeinbegriff an; . . . auch durch unsere Definition wird es nicht möglich, eine völlig klare Vorstellung von dem Inhalte des Begriffes zu gewinnen. Ob die auf der Schwäche aller allgemeineren Begriffe beruht, oder darin seinen Grund hat, dass in der That ein noch engerer Allgemeinbegriff für die subjectiven Rechte

¹⁾ l. c., pag. 377.

des Privatrechts aufgestellt werden kann, soll hier nicht untersucht werden.» ¹⁾

Hoe weinig principieel het begrip van het subjectieve recht, naar SJÖGREN's trant gedacht, moet heeten, kan ook hieruit blijken, dat voor de vaststelling van den inhoud van ieder subjectief recht de kennis van één rechtsregel niets beteekent, maar de kennis van vrijwel het geheele private recht, het procesrecht ingesloten, noodwendig is. Immers, niet alleen alle uitoefeningshandelingen, waartoe men krachtens zijn recht bevoegd is, maar bovendien alle rechtsgevolgen van alle denkbare krenkingen bepalen zijn inhoud. Kan bovendien nog wel van krenking van rechten worden gesproken, waar die krenking zelve met al hare gevolgen reeds in de begripsbepaling van het recht voorkomt?

Het schuldeloos onrecht verdient ook in SJÖGREN's stelsel dien naam niet: doordien hij toch in het subjectieve recht de mogelijke rechtsgevolgen der krenking opneemt, ontgaat hij wel het bezwaar, hetwelk BINDING's leer treft, — dat deze het recht iets laat willen, wat het van te voren weet, dat niemand kan bereiken, — maar ontbreekt tevens in het subjectieve recht de wil, met welken de krenking in strijd zou zijn: de wil immers, op niet-krenking gericht.

§ 6.

Over de tweede richting in de litteratuur, die op het voetspoor van MERKEL het schuldeloos on-

¹⁾ l. c., pag. 384.

recht verwerpt, en aan de daaronder gebrachte verschijnselen eene betere verklaring zoekt te geven, kan ik kort zijn. Alle schrijvers van die richting stemmen hierin overeen, dat zij krenking van subjectieve rechten niet mogelijk achten zonder overtreding der objectieve regelen, waarin die rechten zijn vervat, of waardoor ze worden beschermd; voorts, dat zoodanige normovertreding, wil men het plichtsbegrip geen geweld aandoen, slechts denkbaar is bij menschen, die men voor hunne daden kan verantwoordelijk stellen, en dat bovendien tusschen de normovertreding en de psyche van den dader een zoodanig verband moet bestaan, dat men hem die overtreding, als aan zijne *schuld* te wijten, kan toerekenen; eindelijk, dat de strafrechtelijke grens der toerekeningsvatbaarheid in deze niet noodzakelijk ook de civielrechtelijke behoeft te wezen, maar dat de rechter, waar de wet zelve geen grens trekt, naar de omstandigheden ieder geval zal hebben te beoordeelen, terwijl schuldficties uit rechtswetenschap en wetgeving behooren te worden geweerd. Daarnaast wordt dan de *billijkheid* beaamd, dat in vele gevallen, waarin schuldeloos eens anders rechtsgoed werd beschadigd, den benadeelde eene actie tot vergoeding worde toegekend, hetzij tegen hem, die benadeelde, of tegen een derde: men denke daarbij aan handelingen, in nood verricht, — aan handelingen van niet-toerekeningsvatbaren, — aan schade, toegebracht bij de uitoefening van geoorloofde bedrijven, die noodzakelijk gevaar medebrengen voor hen, die erin werkzaam zijn en voor de omgeving, — aan schade, toegebracht door dieren,

door ondergeschikten, door het aanwenden van geoorloofde en noodzakelijke rechtsmiddelen, als be-
slagen, preventieve hechtenis, enz., enz.

Het ontwerp voor het Duitsche Burgerlijk Wetboek vooral gaf aanleiding tot eene reeks verhandelingen over deze materie, zoowel van civilistische als van criminalistische zijde. Hier te lande bracht het ook enkele pennen in beweging, o. a. die van Prof. LAND, in zijne verhandeling over de onrechtmatige daad, van Mr. J. LAST ¹⁾ en Mr. P. SCHOLTEN ²⁾, in hunne proefschriften en het laatst van Prof. SIMONS in het Rechtsgeleerd Magazijn van het vorige jaar ³⁾, die, in navolging van zijn Duitschen collega Prof. VON LISZT ⁴⁾, den civilisten hier te lande op het hart komt drukken, dat het voor hen tijd wordt, ernstig deze onderwerpen ter hand te nemen, en vooral met het *schuldbegrip*, waarover de strafrechtswetenschap al zoo lang heeft getobd, niet zoo luchthartig om te gaan, als te doen gebruikelijk is.

Hoe nu de juridische constructie behoort te wezen van al die gevallen, waarin eene verplichting tot schadevergoeding buiten overeenkomt en onrechtmatige daad wordt erkend, — of men die verplichting kan steunen op *causaliteit* zonder meer, op *finaliteit*, *botsing van belangen*, op het beginsel der

¹⁾ Beschouwingen over de verbintenis uit onrechtmatige daad, 1896.

²⁾ Mr. J. LAST, Naar aanleiding van eenige vragen op 't stuk van schadevergoeding, (Leiden, 1896); Mr. P. SCHOLTEN, Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad, (Amsterdam, 1899).

³⁾ Ons burgerlijk delictsrecht.

⁴⁾ Die Deliktobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs (1898).

»ausgleichende» of der »vertheilende Gerechtigkeit», op dat van *het actieve belang*, van de »*Gefährdungshaftung*», het »*richesse oblige*», enz., of op eenige dezer gronden te zamen, — kan hier niet verder worden nagegaan; wat ons hier belang inboezemt, is juist het niet behandelde terrein, dat overblijft, namelijk het onrecht. Wanneer het schuldverband zich zoo op den voorgrond dringt, dat daar, waar dit aanwezig is, de verplichting tot vergoeding van zelf schijnt te spreken, terwijl overal elders nog tastend naar een leidend beginsel wordt gezocht, zou mogen worden verwacht, dat het begrip der *schuld* klaar als de dag in de litteratuur te voorschijn trad. Het tegendeel is waar: het zijn de beide zooeven genoemde criminalisten, die hunne civilistische collega's erop hebben moeten wijzen, dat het schuldbegrip geenszins zoo »einleuchtend» is, als het schijnt, maar veeleer een vraagstuk van den moeilijksten aard ter oplossing geeft. Het klinkt minstens zonderling, wanneer men bijv. RÜMELIN van de schuld als een »klares und sofort einleuchtendes Haftungsprincip» ¹⁾ hoort spreken, en bijv. SCHOLTEN hem nazegt »helderder en duidelijker begrip vindt men moeilijk» ²⁾, terwijl daarnaast de criminalistische litteratuur over datzelfde begrip zich steeds hoger opstapelt, nog het laatst MAX ERNST MAYER een werk van ruim 200 bladzijden eraan wijdt. ³⁾

¹⁾ Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zur objectiven Schadensersatzpflicht, 1896, pag. 5.

²⁾ l. c., pag. 99.

³⁾ Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, 1901.

§ 7.

Keeren wij thans terug tot de vragen, aan den aanvang van dit Hoofdstuk gedaan; al werden ze zelden in de litteratuur op die wijze gesteld, ze vormden toch den grondtoon in den wetenschappelijken strijd, waarvan ik een overzicht heb gegeven. Dit overzicht heeft ons geleerd: vooreerst, dat de gestelde vragen implicite of explicite alle zoowel bevestigend als ontkennend zijn en worden beantwoord; vervolgens, dat ontleding der positieve wetgevingen ons niet het afdoend antwoord kan verschaffen, omdat de positieve wet geregeld die vragen onbeslist laat, — blijkbaar gevoelende, dat zij het wezen van het recht betreffen, waarop ook zijzelve berust; dan, dat de vragen geenszins louter terminologische beteekenis hebben, maar zoowel voor de uitlegging van het bestaande recht als voor de vorming van het toekomstige van overwegend belang moeten heeten; — dat de kennisneming van de litteratuur niet zeer bemoedigend werkt, zou nog eraan kunnen worden toegevoegd. En toch, waar de jurist ieder oogenblik met plichten en bevoegdheden opereert, waar de gestelde vragen niet loopen over de grenzen van begrippen, waaromtrent scherpe grenzen noch kunnen noch behoeven te worden getrokken, maar over de hoofdelementen der begrippen, daar *moet* de rechtswetenschap een antwoord erop trachten te geven.

Eene poging daartoe worde thans ondernomen, onder vooropstelling van eenige gezichtspunten, tot nu toe in de litteratuur vrijwel verwaarloosd: voor-

eerst de verwijdering van het *wilselement* uit het rechtsbegrip; vervolgens de tegenstelling tusschen het *bestaan* van bevoegdheden en plichten en hunne *uitoefening* of *vervulling* resp. *overtreding*; eindelijk de onderscheiding tusschen *plichtsovertreding*, *niet vervulling van den plicht* en *benadeeling van een rechtsgoed*.

§ 8.

Allen, die het recht geheel in imperatieven, als wilsuitingen, doen opgaan, moeten als vaststaande aannemen, dat rechtsplichten slechts kunnen bestaan bij hen, die bij machte zijn, ze te begrijpen en op te volgen. Geen logica, hoe diepzinnig ook, — geen verwijzing naar de positieve wetgeving, met hoevele voorbeelden ook gestaafd, — geen onderscheiding ook tusschen moreele en rechtsplichten, is in staat te verklaren, hoe een *redelijk* mensch — en *redelijkheid* is toch wel de minste eigenschap, welke men in een wetgever mag onderstellen, — bevelen richt tot personen, van welke hij weet, dat ze die niet kunnen hooren, begrijpen of opvolgen. Erkent men dit niet, zoo blijkt men aan het begrip »bevel» of »imperatief» eene beteekenis te hechten, zóó geheel afwijkend van het gewone spraakgebruik, dat de stelling »het recht bestaat uit niets dan imperatieven» iederen zin verliest. Dat eene zóó ver gaande afwijking is bedoeld, wordt nergens medegedeeld. De methode van BIERLING om, waar de theorie niet aan de werkelijkheid past, in plaats van de laatste eene fictie te stellen, kan moeilijk als eene oplos-

sing van het bezwaar gelden. Men denke zich eens, welk een samenstel van ficties noodig is: voorop gaat de fictie, dat iedereen, zij hij zuigeling of idioot, *in staat is*, de wet te leeren kennen; dan volgt, dat iedereen tevens de wet — in den ruimsten zin — ook *werkelijk kent*; dan, dat iedereen in staat is, de wet te begrijpen en haar op den concreten feitelijken toestand toe te passen; vervolgens, dat iedereen steeds dien feitelijken toestand, welke zijne plichten bepaalt, nauwkeurig kent. Ik zwijg dan nog over de culpoze wetsovertreding.

De tegenstelling tusschen moreelen plicht, — als innerlijke gebondenheid onzen wil besturend, — en den rechtsplicht, — als voorgeschreven uiterlijke gedraging zijne beteekenis vindend in de rechtsgevolgen der overtreding, — baat evenmin: het woord *rechtsplicht* bestaat uit *twee* leden, die ieder hunne beteekenis hebben, zoodat het niet aangaat in het rechtskundig karakter het plichtsbegrip geheel te doen ondergaan. Bovendien, de rechtsgevolgen van de plichtsovertredingen zouden zelve weer niet anders zijn dan plichten, en zouden dus weer hunne beteekenis moeten ontleenen aan de rechtsgevolgen hunner overtreding. Waar is dan het einde van deze repteerende breuk, waar vindt men het rechtsbegrip met zelfstandigen positieven inhoud?

Eerst, als het wilselement geheel uit het objectieve recht is gebannen, — als wordt erkend, dat de wil wel den inhoud van den rechtsregel kan geven, maar dat die inhoud evengoed buiten den menscheijken wil om kan worden vastgesteld, — dat in ieder geval de bindende kracht niet steunt op den wil,

maar steeds op een rechtsregel of rechtsbeginsel, dat den wilsinhoud *tot recht stempelt*, — eerst dan kan aan eene juiste omschrijving van het plichtsbegrip worden gedacht. Maar dan treedt met gelijke aanspraak op waardeering het begrip der bevoegdheid naar voren. »Mogen» en »behooren» zijn in hun voortbestaan van »willen» onafhankelijk; de wil moge door eene scheppende daad hun inhoud hebben bepaald, zijne taak is daarmee afgedaan. Men kan op grond van een rechtsregel willen, dat iets *zal mogen* of *zal behooren*, maar willen, *dat iets behoort*, is even tegenstrijdig als willen, *dat iets mag*.

Is de rechtsregel geen wil, geen bevel, dan vervalt ook iedere grond a priori te besluiten, dat hij slechts betrekking kan hebben op personen, met normalen wil bedeeld, en in staat, zijn inhoud te kennen, te begrijpen en op te volgen. Uit den inhoud van iederen regel dient dan te worden afgeleid, welke personen onder zijn bereik vallen.

Als ordening van »mogen» en »behooren», haar laatste steunpunt vindend in ons rechtsbewustzijn, normeert het recht *toekomstige* menschenlijke gedragingen. De ordening gaat dus aan de gedraging vooraf; de bevoegdheid bestaat niet eerst op het oogenblik, dat de bevoegde handeling wordt verricht, — de plicht niet eerst, als hij wordt nagekomen of overtreden: er is mitsdien te onderscheiden tusschen *het bestaan* van bevoegdheid en plicht en hunne *uitoefening* of *vervulling* resp. *overtreding*. Het spraakgebruik onderscheidt dan ook wel degelijk tusschen *toekomstige bevoegdheden en plichten* eenerzijds en *bevoegdheden en plichten tot toekomstige ge-*

dragingen anderzijds. De grens tusschen beide is niet scherp te trekken: de zekerheid van het bestaan van bevoegdheid en plicht, de bepaaldheid van hunnen inhoud, hunne beteekenis voor het heden, zoowel ten opzichte van den bevoegde of verbondene als van anderen, zijn even zoovele factoren, die tot het *bestaan* van bevoegdheid en plicht zullen doen besluiten, waar hunne vervulling nog in de toekomst ligt. Uit onvoorwaardelijke verbodsbepalingen volgt een *voortdurende* plicht.

Het bestaan van bevoegdheid of plicht brengt den mensch in een bepaalden *rechtelijken toestand*. De term »toestand» is de beste, om datgene weer te geven, wat in bevoegdheid en plicht ligt opgesloten: eene betrekking, waarin de mensch, met het oog op zijne gedragingen, tot zijne omgeving is geplaatst. De term kan gebezigd worden zoowel met het oog op alle bestaande bevoegdheden en plichten, waardoor ieders geheele rechtelijke positie wordt aangegeven, als met het oog op eene bepaalde bevoegdheid of een bepaalden plicht. De term is dáárom vooral zoo passend, omdat hij niet alleen betreft het heden, maar in hem de toekomst, voor zoover die voor het heden van belang is, wordt betrokken.

De toestand, door bevoegdheid of plicht aangeduid, is een uitvloeisel van het objectieve recht, als zoodanig onafhankelijk van wil of voorstelling van den bevoegden of verplichten persoon. Zoo ontstaan en bestaan dus bevoegdheden en plichten, zonder dat de betrokken persoon zich ervan is bewust, ja, zonder dat hij zelfs tot het hebben van zulk een bewustzijn in staat is; de slapende, het

kind, de krankzinnige, kunnen even goed in dien toestand verkeerden als ieder ander, omdat die toestand zijnen inhoud ontleent aan iets, dat in de toekomst ligt.

§ 9.

Uitoefening van bevoegdheden. In de litteratuur wordt de vraag niet behandeld, in hoeverre de uitoefening eener bevoegdheid een handelen vereischt, terug te brengen tot een normalen menschelijken wil, en in hoeverre voor zulke uitoefening de wetenschap van het bestaan der bevoegdheid moet worden gevorderd. Waar het »mogen» niet als zelfstandige rechtscategorie wordt erkend, de bevoegde handeling mitsdien met de rechtens onverschillige wordt gelijkgesteld, bestaat het vraagstuk dan ook niet. Toch is het geen vraagstuk alleen van theoretische waarde : zoo dikwijls de wet, uitdrukkelijk of stilzwijgend, bevoegdheden of plichten afhankelijk maakt van door anderen bevoegdelyk verrichte handelingen, rijst de vraag of bijv. bij een krankzinnige ook van eene *bevoegde* handeling kan worden gesproken. Ik meen van niet : daar het recht slechts *menschelyke gedragingen* normeert, d. w. z. gedragingen, van een normalen menschelijken wil het uitvloeisel, — daar de uitspraak, dat eene bepaalde handeling eene *geoorloofde* is, in laatste instantie op een *ethisch* oordeel berust, kunnen lichaamsbewegingen, die niet *kunnen* staan onder den invloed van een rechtsbewustzijn, omdat dit ontbreekt, niet

naar den maatstaf van ons rechtbewustzijn worden gemeten. Onnoodig is evenwel, dat de handelende zich van zijne bevoegdheid is bewust, mogelijk zelfs, dat hij meende onbevoegdelijk te handelen, omdat niet *zijn* oordeel, maar dat, hetwelk in het objectieve recht is belichaamd, beslissend is.

Uit het voorgaande volgt dus: 1°. dat niet-toerekeningsvatbare personen bevoegdheden kunnen hebben, behalve als a priori vaststaat, dat zij die nimmer kunnen uitoefenen, tenzij weer in het laatste geval de rechtsorde iemand naast hen plaatst, om die uitoefening voor hen te doen; 2°. dat eene bevoegdheid tot eene *persoonlijke* handeling voor hen niet kan bestaan, als die handeling gedurende den tijd, dat zij niet toerekeningsvatbaar zijn, moet worden verricht; 3°. dat bevoegdheden en plichten van anderen bepaald kunnen worden door bevoegdheden van zoodanige niet-toerekeningsvatbare personen; 4°. dat bevoegdheden en plichten van anderen *niet* bepaald kunnen worden door *bevoegdelijk* verrichte handelingen van zoodanige personen.

Vervulling van plichten. Om een juist inzicht te krijgen in de algemeene voorwaarden der plichtsvervulling dient eene onderscheiding der plichten vooraf te gaan, namelijk die in *positieve* en *negatieve* plichten. De onderscheiding is tevens de eenige weg, om tot eene oplossing te geraken van de oude strijdvraag, of de functie van het recht in *gebieden* of *verbieden*, dan wel in beide te zamen is gelegen.

Niet iedere uiterlijke gedraging, niet met den plicht in strijd, kan als de vervulling daarvan wor-

den beschouwd; zulks zal in juridischen zin eerst dan het geval zijn, wanneer eene handeling als vervulling van een plicht rechtelijke beteekenis heeft, hetzij de plicht erdoor te niet gaat of wordt gewijzigd, hetzij, dat andere bevoegdheden of plichten erdoor ontstaan. De rechtsregelen nu, waaruit een plicht voortvloeit zijn van tweeërlei aard: in de eene soort wordt eene gedraging *geboden*, aan die gedraging als plichtsvervulling rechtelijke beteekenis toegekend, — in de andere soort wordt eene gedraging *verboden*, alleen aan de niet-nakoming rechtelijke beteekenis verleend. De eerste soort geeft *positieve*, de tweede *negatieve* plichten. Een positieve plicht bevat noodwendig een negatieven: het verbod, na te laten, wat wordt geboden; niet omgekeerd. De tegenstelling is dus niet als tusschen gebod en verbod, maar als tusschen gebod en verbod eenerzijds — en verbod anderzijds. De gedraging kan bestaan zoowel uit een handelen als uit een laten, zoodat het onjuist is, het gebod steeds met een doen, het verbod met een laten te combineeren. Deze vier vormen zijn dus mogelijk:

- 1°. Positieve plicht tot doen: doen gequalificeerd als geboden, laten als verboden;
- 2°. » plicht tot laten: laten gequalificeerd als geboden, doen als verboden;
- 3°. Negatieve plicht tot doen: laten rechtens onverschillig, doen gequalificeerd als verboden;
- 4°. » plicht tot laten: doen rechtens onverschillig, laten gequalificeerd als verboden.

Voorb. N°. 1 en 2 : eene verbintenis, eene bepaalde handeling te doen of te laten; — de vervulling doet de verbintenis te niet gaan, de niet-vervulling is verboden.

Voorb. N°. 3 : het voorschrift »gij zult niet dooden»; — de plichtsvervulling heeft rechtens geen gevolgen, de overtreding wel.

Voorb. N°. 4 : het voorschrift : »de ouders behoorren hunne kinderen te verzorgen»; — de plichtsvervulling heeft rechtens geen gevolgen, het nalaten is verboden.

Uit dit schema zien wij, dat voor de vervulling van positieve plichten eene menschelijke gedraging, uiting van 's menschen wil noodig is, omdat het recht slechts zoodanige gedragingen normeert, terwijl daartegenover voor de vervulling van negatieve plichten juridisch geen enkele positieve eisch kan worden gesteld; of die plichten worden nagekomen met de wetenschap van hun bestaan of zonder dat men zich daarvan is bewust, — of de verbondene den wil heeft ze te vervullen dan wel niet, of zelfs, in dwaling verkeerende, meenende ze te overtreden, ze niettemin nakomt, — het is alles rechtens onverschillig.

§ 10.

Niet- vervulling van den plicht en plichtsovertreding.
De onderscheiding tusschen deze beide begrippen vond ik niet in de litteratuur, het gemis daarvan schijnt mij mede eene hoofdreden van de geringe eensgezindheid betreffende den aard van het z. g.

schuldeloos onrecht. Bij negatieve plichten kan de tegenstelling niet worden gemaakt: de wet kent daarin slechts ééne qualificatie toe, zij verbiedt eene bepaalde gedraging; heeft deze plaats gehad, zoo is de plicht overtreden. Bij positieve plichten evenwel, die eene dubbele qualificatie inhouden, — die van de vervullingshandeling als verplicht, van de overtreding als verboden, — wijst zich de tegenstelling vanzelf aan tusschen het negatieve feit »de geboden gedraging is achterwege gebleven» en het positieve feit »de verboden gedraging is geschied, de plicht is overtreden». Dat niet-vervullen nu van den positieven plicht is een der vormen, waarin het z. g. schuldeloos onrecht zich kan voordoen: immers zonder eenige gedraging van den verbondene, zonder eenige schuld van zijne zijde kan de vervulling zijn achterwege gebleven; hij, te wiens behoefte die vervulling zou strekken, ondervindt dit niettemin als onrecht, wijl hij niet ontvangt, wat hem rechtens toekomt. Juridisch is dat niet vervullen daarom van beteekenis, omdat, nu de vervulling achterwege blijft, ook het rechtsgevolg niet intreedt, dat daaraan was verbonden. Dikwijls zal daarvan niet anders het gevolg zijn, dan dat de plicht blijft voortbestaan; is de vervulling evenwel onmogelijk geworden, zoo kan de wet een aequivaleerenden plicht voor den vroegeren in de plaats stellen, terwijl bij de vaststelling van het aequivalent kan worden rekening gehouden met de omstandigheid, dat de vervulling thans op een later tijdstip plaats vindt.

De grond van dezen aequivaleerenden plicht is

dan niet eenige plichtsovertreding, maar uitsluitend de niet-vervulde plicht. De omstandigheid, die oorzaak was, dat de plicht niet werd nagekomen, kan van dien aard zijn, dat de wet op grond daarvan den plicht doet te niet gaan, maar waar geen dringende reden daartoe bestaat, blijft de plicht voortduren, of wordt hij in een aequivaleerenden geconverteerd.

Deze vorm van schuldeloos onrecht, met de gevolgen van dien, — verplichting tot vergoeding — vindt dus zijne afdoende verklaring in een aanwezigen positieven plicht. Als voorbeelden ervan kan men noemen: de verplichting van den bezitter te goeder trouw, de waarde der opgeëischte zaak te vergoeden, ook als deze buiten zijne schuld — mits na de dagvaarding — is te niet gegaan; vóór de eigenaar op behoorlijke wijze zijn verlangen, de zaak terug te ontvangen, heeft kenbaar gemaakt, bestaat er nog geen positieve plicht tot teruggave; gaat de zaak dus dan te niet, zoo zal een andere grond voor vergoeding moeten aanwezig zijn, wil men den bezitter daartoe verplichten. Men kan voorts wijzen op alle gevallen, waarin eene verschuldigde zaak zonder schuld van den schuldenaar is te niet gegaan; hier grijpt wel onze wetgeving in en spreekt herhaaldelijk de bevrijding van den schuldenaar uit, maar hoe weinig bevrediging deze wetsbepalingen geven, kan blijken uit den eeuwenouden strijd over de billijkheid ervan gevoerd, uit de zoo weinig stelselmatige toepassing ervan bij de verschillende overeenkomsten, uit de niet te miskennen richting, bij vele takken van bedrijf het z. g. bedrijfsrisico te

doen drukken op hem, die het bedrijf voert. — Geenszins is het mijne bedoeling, dat algemeen van stelsel zou moeten worden veranderd, dat het risico steeds op den schuldenaar zou moeten worden gelegd: slechts meen ik, dat uit de voorgaande uiteenzettingen volgt, dat in de theorie de bewijslast moet worden omgekeerd, dat de oude regel »*periculum est creditoris*» niet is van zelf sprekend, maar in tegendeel, dat voor ieder geval, waar hij wordt toegepast, bijzondere grond moet bestaan. Het voortbestaan van den plicht of zijn *aequivalent*, waar de plicht niet is te niet gegaan, behoeft geen bijzondere rechtvaardiging, vordert geen *schuld* van den schuldenaar, — maar het te niet gaan van den plicht eischt een duidelijk aanwijsbaren rechtvaardigingsgrond, die in het schuldeloos niet-ervullen of onmogelijk worden der vervulling alleen niet is te geven.

Nog een laatste voorbeeld: de schuldelooze insolventie van den schuldenaar. Wie den moed heeft der consequentie van den gedachtengang, dien ik bestrijd, laat in dit geval geen veroordeeling toe, sluit minstens *moratoire* interessen of andere gevolgen van het verzuim buiten. WINDSCHEID heeft, ten minste wat het laatste betreft, dien moed, maar vindt daarin weinig bijval; ¹⁾ het moderne verkeer zou zich ook slecht in deze consequentie der schuldleer schikken. Bedenkt men, dat de verplichting tot betaling eener geldsom een posi-

¹⁾ Zie WINDSCHEID, *Pandekten*, II, § 277 i. f. en de daar aangehaalde litteratuur; Dr. R. MERKEL, *Die Kollision rechtsmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht*, pag. 110, n.

tieve plicht is, dat de niet-vervulling hiervan op zich zelve noodwendig een rechtsfeit is, wijl het aan de vervulling verbonden gevolg achterwege blijft, — dan is vooreerst duidelijk, dat de schuld blijft bestaan, vervolgens, dat voldoening op een later tijdstip, om te aequivaleeren met de oorspronkelijke schuld, ook interessen behoort te omvatten, en eindelijk, dat, waar verbintenissen tusschen twee personen wederkeerig als elkanders aequivalenten zijn bedoeld, het niet-ervuld zijn der eene verbintenis als rechtsgevolg het opheffen der beide verbintenissen ten gevolge kan hebben.

De plichtsovertreding. Hiervoor komt zoowel de positieve als de negatieve plicht in aanmerking, de eerste, omdat hij tevens een negatieven plicht bevat. In geval van plichtsovertreding qualificeert het recht eene gedraging als *verboden*, *ongeoordloofd*. Zulk eene qualificatie bevat een in laatste instantie op ons rechtsbewustzijn gegrond *afkeurend oordeel*, en kan dus slechts gegeven worden daar, waar een normale menschelijke wil werkzaam is geweest.

Wanneer de verbindende kracht der wet haar steun vindt in het vermogen en den plicht van den mensch, zijn wil ondergeschikt te maken aan zijn rechtsbewustzijn, dan kan de wet niet zijn overtreden, waar op het oogenblik der handeling dat vermogen ontbrak. Men wijst wel op de wetten der physica, der chemie, der hygiëne, die als praktische regels kunnen worden nagekomen of overtreden, zonder dat de handelende in staat is, zich van de beteekenis dier wetten of van haren inhoud

eenig denkbeeld te vormen.¹⁾ Dan wordt evenwel vergeten, dat die wetten nimmer een plicht opleggen, dat ze wel eene soort *behooren* inhouden, maar dat dit behooren dan afhankelijk is van een vooraf vrijwillig gesteld doel, of van een door anderen wenschelijk geacht resultaat: naarmate de menschenlijke gedragingen al dan niet tot dat doel kunnen voeren, dat resultaat kunnen doen intreden, kan men zeggen, dat overeenkomstig den regel is gehandeld, of deze is overtreden. De *rechtsregel* evenwel luidt niet: »zoo gij rechtschapen wilt leven, behoort gij, enz.», noch »het is voor u en anderen wenschelijk, dat deze gedraging geschiede, die andere worde nagelaten», — de rechtsregel bevat een onvoorwaardelijk »gij behoort», dat zich richt tot ons aller bewustzijn.²⁾ De wetgever wil met eene verbodsbepaling niet alleen te kennen geven, dat de verboden gedraging niet past in eene ordelijke menschenlijke samenleving, maar hij wil tevens daardoor den mensch van die gedraging afhouden. Die dubbele beteekenis ligt in ieder rechtsvoorschrift, de eerste is niet van de tweede te scheiden. Ware het anders, zou de beteekenis van een verbod kunnen zijn gelegen uitsluitend in de verklaring, dat de verboden handeling, naar objectieven maatstaf gemeten, niet passend is, dan zou het karakteristieke van het recht ook alleen in die verklaring moeten worden gezocht, m. a. w. de rechts-

¹⁾ Zoo o. a. Dr. M. HEYSSLER, *Das Civilunrecht und seine Formen*, pag 17, n. 8.

²⁾ Cf. Dr. J. D. VAN DER WAALS in »Onze eeuw», 1902, pag. 744 v.

regelen zouden zijn uitspraken, gericht tot niemand, wier praktische beteekenis niet zou liggen in haar eigen inhoud, maar in de rechtsgevolgen harer overtreding, neergelegd weer in andere soortgelijke uitspraken, — terwijl het terughouden van de verboden gedraging als niet noodwendig beoogde, toekomstige werking zou moeten worden beschouwd.

§ 11.

Het recht normeert slechts die menschelijke uitingen, welke eenige verandering in de buitenwereld teweeg brengen. Of men deze eigenschap reeds in het begrip der »handeling» of der »gedraging» gelegen acht of niet, is eene terminologische kwestie; de grens tusschen de »handeling» en het »gevolg der handeling» is moeilijk begripsmatig vast te stellen. Veel belangrijker is de vraag, of, waar het recht verbiedt het veroorzaken van zeker gevolg, dit verbod reeds kan zijn overtreden door eene wilsuiting, welke dat gevolg teweegbracht, of dat zulks eerst dan het geval kan wezen, indien de wilsuiting vergezeld was van de voorstelling, dat het gevolg moest, of waarschijnlijk of mogelijk zou intreden, of van zulk eene voorstelling had kunnen vergezeld zijn.¹⁾

¹⁾ Ik kies hier de terminologie van de voorstellingstheorie, zonder verder hare juistheid tegenover de wilstheorie te bepleiten. Dit laatste is niet noodig, omdat de gang der redeneering in de wilstheorie, zij het dan met andere termen, dezelfde zou blijven. Uitvoerige uiteenzetting van de voorstellingstheorie vindt men het laatst in het boven geciteerde werk van MAX MEIJER.

Wanneer men vasthoudt aan de stelling, dat het oordeel, dat eene plichtsovertreding plaats vond, een afkeurend oordeel is over eene menschelijke gedraging, daarop gegrond, dat de mensch zijnen wil niet ondergeschikt heeft gemaakt aan het rechtsdoel, dan kan het antwoord op deze vraag niet twijfelachtig zijn: dat gevolg der menschelijke gedraging, dat met geen mogelijkheid was te voorzien, vormt geen deel der gedraging, kan niet onder de afkeuring begrepen zijn. Men denke zich dan ook eens een *plicht* om een gevolg te vermijden, met welks intreden onmogelijk kan worden gerekend!

In de strafrechtswetenschap wordt deze stelling vrijwel algemeen aanvaard; zij luidt gewoonlijk: »geen strafbaar onrecht zonder schuld». Als een na langen strijd verworven resultaat, nog niet geheel in wetgeving en praktijk doorgedrongen, wordt de stelling door de criminalisten gewoonlijk met zekere emphase voorgedragen, en met niet te miskennen zelfvoldaanheid gesteld tegenover de rechtsopvatting van vroegere eeuwen. Hoe hen vele civilisten tegenwoordig daarin navolgen, beschreef ik reeds vroeger. In die voldaanheid kan ik niet deelen, — niet om hetgeen die stelling inhoudt, maar om hetgeen zij meer en meer dreigt buiten te sluiten. Het rusteloos zoeken naar een scherp omgrensd schuldbegrip heeft een deel der moderne criminalisten, waaronder als de voorganger van allen slechts V. LISZT zij te noemen, ertoe gebracht, dit begrip te beperken tot de verhouding tusschen 's menschen wil en 's menschen voorstelling ter

ééne, de gevolgen zijner wilsuitingen ter andere zijde. Dit schuldbegrip wordt niet alleen gemaakt tot noodzakelijke voorwaarde der strafbaarstelling, maar tevens tot een minimum, waartoe de wetgever kan afdalen. Of de civilisten, die de schuld zulk een »einleuchtendes Princip der Haftung» achten, zich hiervan rekenschap geven, betwijfel ik zeer. Mij wil het niet gelukken in te zien, dat wij een positieven grondslag voor strafrechtelijke en burgerlijkrechtelijke aansprakelijkheid hebben verkregen in een beginsel, dat toch ten slotte niets anders zegt, dan dat alleen *menschelijke* gedragingen als plichtsovertredingen worden beschouwd. Niets anders is er mede *bedoeld*: het wordt ons voorgehouden in tal van voorbeelden ¹⁾, dat dit schuldbeginsel met het rechtsbegrip niets heeft uit te staan, dat het op alle menschelijke gedragingen kan worden aangewend, dat de tegenstelling tusschen *doloos* en *culpoos* kan worden toegepast op de rechtens meest onverschillige handelingen uit het dagelijksch leven, en in de rechtswetenschap geen andere beteekenis heeft dan elders. Schuld is geen moreele schuld, geen »Pflichtwidrigkeit», geen »Rechtswidrigkeit», geen »Gesellschaftswidrigkeit» ²⁾, enz., schuld is alleen verband tusschen *wil* en *gevolg*.

Kan nu met *dit* schuldbegrip als juridisch minimum der plichtsovertreding worden volstaan? Neen: niet alleen het algemeene vermogen van den mensch,

¹⁾ Zie o. a. ook Prof. POLS in het Tijdschrift van Strafrecht, III, pag. 95, 114 v.

²⁾ Cf. V. LISZT, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, (5^e druk), § 39, n. 3.

zijn wil ondergeschikt te maken aan zijn rechtsbewustzijn, ook de mogelijkheid, in ieder bijzonder geval zulks te doen, moet worden geëischt. Dezelfde reden, die ertoe leidt, handelingen van kinderen en krankzinnigen nimmer te beschouwen als plichtsovertredingen, sluit ook de handelingen van toerekeningsvatbaren daarvan uit, indien deze op het oogenblik der handeling den plicht niet kenden en ook niet in staat waren geweest, dien te kennen; in beide gevallen ontbreekt dát vermogen, waarop de bindende kracht der wet is gegrond. Naast schuld in *modern* zin, vormt *schuld* in den ouderwetschen zin, — als zedelijk verwijt, — een noodzakelijk element van iedere plichtsovertreding. *Die* schuld kan tot positieven grondslag strekken voor strafrechtelijke en burgerlijkrechtelijke aansprakelijkheid, omdat zij de aanwijzing is, niet alleen, dat de mensch anders heeft gehandeld, dan in een objectieven regel als normaal was vastgesteld, maar tevens anders, dan hij als een wezen, met rechtsbewustzijn bedeed, had kunnen en behooren te handelen.

De zwakheid van het moderne schuldbegrip als basis van aansprakelijkheid treedt vooral bij de z.g. culpoze handelingen voor den dag. Men tracht de onafhankelijkheid van het schuldbegrip van ieder ethisch element, vooral aan te toonen, door erop te wijzen, dat de tegenstelling tusschen doloze en culpoze handelingen op alle menschelijke handelingen, ook de rechtens meest onverschillige, kan worden toegepast: evengoed als men doloos of culpoos eens anders goed kan beschadigen, kan

men zulks met eigen goed doen, men kan opzettelijk en bij ongeluk een stuk wild schieten, enz. Welnu die fameuze stelling, die steeds meer de een den ander naschrijft, is eenvoudig onwaar: *men kan die tegenstelling alleen maken op ethisch terrein*, of in 't algemeen daar, waar eene norm voor de menschelijke gedraging wordt erkend. Tweeërlei wordt verward: de tegenstelling tusschen *opzettelijk* en *niet opzettelijk*, — het laatste niets dan de negatie van het eerste, — en de tegenstelling tusschen *opzettelijk* en *culpoos*, beide positieve begrippen, waarnaast nog een derde staat: *zonder eenige schuld*. In het dagelijksch leven kan men onderscheiden, of men een gevolg, eene verandering in de buitenwereld, volgens bewuste voorstelling heeft doen intreden, of dat de bewuste voorstelling heeft ontbroken, maar men komt nimmer tot het positieve begrip der *culpoze* handeling, tenzij men die handeling afmeet naar eene *norm van behooren*, hetzij eene rechtsnorm, godsdienstig of moreel voorschrift, of zelfs slechts een regel van fatsoen. Men bezie ook slechts de omschrijvingen der *schuld* (in engen zin) bij hen, die het moderne schuldbegrip verdedigen; men mocht verwachten in die omschrijvingen, evenals in die van het opzet, niets terug te vinden, wat aan plichtsovertreding doet denken. Wat zegt nu V. LISZT? »*Fahrlässigkeit* ist die *pflichtwidrige* Nichtkenntnis der verursachenden Bedeutung des Thuns oder Unterlassens.¹⁾ Zoo ook Prof. V. HAMEL: »Elk delict bestaat in het door doen of laten veroorzaken van een

¹⁾ l. c., pag. 184.

gevolg; — — — indien of voor zoover dit gevolg *niet opzettelijk* is toegebracht, kan het veroorzaakt zijn *zonder schuld* of *met schuld*; met schuld wanneer de dader dit had kunnen en *rechters* had moeten vermijden.¹⁾ In iedere dezer omschrijvingen treedt in de gecursiveerde woorden het onverbreekbare verband tusschen de schuld (in engen zin) en de plichtsovertreding naar voren, terwijl in de definities van het opzet zoodanig verband geheel wordt gemist. En de beide schuldvormen zouden slechts verschillende verschijningsvormen zijn van één grondbegrip, *de schuld*, de basis der aansprakelijkheid!

Tracht men de doloze en de culpoze delicten te construeeren, niet als twee verschillende overtredingsvormen van ééne zelfde norm, maar als overtreding van twee verschillende normen, zoo verschuift men slechts de moeilijkheid. De norm, aan culpoze delicten ten grondslag strekkende, zou dan luiden: »gij zult voldoende zorg dragen, dat enz.» Maar deze norm kan zoowel doloos als culpoos worden overtreden! En neemt men de uitsluiting van het opzet in de norm op, zoo blijkt de culpa alleen weer negatief te worden omschreven. Bovendien, in uitdrukkingen als »voldoende zorg dragen» wordt reeds eene norm ondersteld, die de zorg verplichtend maakt en haren omvang bepaalt.

¹⁾ Inleiding tot de studie van het Nederl. Strafrecht, I, pag. 289.

§ 12.

Als onmisbaar element der plichtsovertreding behoort dus de schuld in den zin van *moreele schuld* te worden aanvaard: de dader moet geweten hebben, dat zijne handeling ongeoorloofd was, of ten minste, hij moet dit hebben kunnen weten; ten opzichte zijner handeling moet hem moraliter een verwijt kunnen worden gemaakt. Men behoeft geenszins met BINDING¹⁾ bij de culpoze delicten te spreken van een onbewusten wil in strijd met het recht; zijn bezwaar, dat anders de schuld dikwijls niet zou liggen in de daad zelve, waardoor de wet wordt overtreden, maar in een veel vroeger gepleegd verzuim, berust op eene te beperkte opvatting van het schuldbegrip, op de miskennis van het feit, dat de schuld niet een bestanddeel vormt van de daad, maar heenduidt op een toestand van 's menschen geest, die aan zijne handelingen het karakter van plichtsovertredingen verleent. Wanneer iemand verzuimt zich op de hoogte te stellen van wettelijke verbodsbepalingen, en langen tijd daarna eene dier bepalingen onwetend overtreedt, verkeert hij in een toestand van schuldige onwetendheid, welke zelf geen wetsovertreding is, maar welke de handelingen, in dien toestand verricht, tot schuldige gedragingen kan stempelen.

Van »moreele» schuld spraken wij, daarmede te kennen gevende, dat het schuldbegrip niet tot de specifiek rechtskundige begrippen behoort, maar

¹⁾ Die Normen, (1^o druk), II, pag. 107 v.

aan het geheele gebied der ethiek gemeen is. Het recht heeft dit schuldbegrip niet te vormen of te definieeren, — het laat dit ook geregeld na, — in het recht, als deel der ethiek, doet het zich van zelf gelden. De wetenschap, dat een *rechtsplicht* wordt overtreden, of schuldige onwetendheid dienaangaande, is eerst dan vereischt, als de wet zelve dezen eisch stelt. Alleen als het plichten geldt, die slechts daarom ethisch bindend zijn, omdat de wet ze heeft opgelegd, zal de schuld, ook zonder dat de wet het eischt, de bekendheid met het bestaan der *rechtsplichten* betreffen: dan bestaat de moreele schuld daarin, dat men opzettelijk of door onachtzaamheid zich niet aangaande die plichten heeft ingelicht, terwijl men dat redelijker wijze had kunnen doen, — zooals de ethiek ons voorschrijft.

Een bezwaar van beteekenis voorzie ik tegen de voorgedragen beschouwingen, namelijk, dat de positieve wetgevingen en de rechtspraktijk daarin geheel werden verwaarloosd, terwijl deze herhaaldelijk handelingen in strijd met den objectieven regel, zonder eenige moreele schuld, als plichtsovertreding beschouwen, en burgerlijkrechtelijke, ja zelfs strafrechtelijke gevolgen eraan verbinden. Het bezwaar berust op overschatting van de beteekenis der positieve rechtsstof voor de algemeene rechtsleer. Zeker, die positieve rechtsstof is het materiaal, hetwelk de algemeene rechtsleer heeft te verwerken: geen bevoegdheid, geen plicht, daarin voorkomend, mag worden verwaarloosd. Geheel anders evenwel is het met de ordening, de innerlijke constructie der rechtsstof: hier gaat de wetenschap

boven de wetgeving. De wetgever kan bepalen, aan welke feiten hij rechtsgevolgen wil verbinden, en welke die rechtsgevolgen zijn, maar in de juiste benaming, in de passende classificatie kan hij mistasten, en dan is de wetenschap niet verplicht hem daarin te volgen, — integendeel, hare taak is, door op het onlogische der wettelijke ordening te wijzen, den wetgever opmerkzaam te maken op irrationeele gevolgtrekkingen, door hem uit die ordening gemaakt. De wetgever kan de norm vaststellen en de elementen harer overtreding, — hij kan evenwel nimmer der wetenschap opdringen, als plichtsovertreding te beschouwen, wat zulks naar de algemeene natuur van het recht niet kan zijn.

Bezien we vooreerst de *strafbaarstelling van schuldellooze wetsovertredingen*. Deze behoort voor het grootste deel tot een afgesloten tijdperk; het nuttelooze ervan wordt algemeen erkend, en, waar de te groote beperking van het schuldbegrip, waarop ik wees, dreigt het wezenlijke in deze overwinning der moderne rechtsopvatting te doen verloren gaan, blijkt dikwijls de natuur sterker dan de leer. Hoe in de omschrijving van het culpoze delict de uitgedreven moreele schuld weer binnendringt, toonde ik reeds aan. Sprekend ook in dit opzicht is het bekende opstel, waarin Prof. SIMONS ¹⁾ indertijd de handhaving van het schuldelement voor de overtredingen verdedigde tegen de richting, welke wetgeving en praktijk insloegen en het nieuwe Strafwetboek dreigde te bestendigen. Uitdrukkelijk wordt

¹⁾ THEMIS, 1884, Het schuldbegrip bij overtredingen.

daarin betoogd, dat het schuldbegrip geen verband houdt met het bewustzijn van het gepleegde onrecht, maar slechts heenduidt op een feitelijk verband tusschen menschelijken wil en verandering in de buitenwereld. En als dan in voorbeelden het verkeerde zal worden aangetoond van de leer, die voor strafbaarheid van overtredingen geen schuld noodig acht, worden ons twee gevallen genoemd: het eerste betreffende een vrachtrijder, die wetende, dat op een van de beide naar eene plaats leidende wegen nièt, op den anderen wèl met wagens mag worden gereden, bij de bevoegde autoriteit om inlichting vraagt, verkeerd wordt ingelicht, den verboden weg berijdt, en — wordt veroordeeld; het andere betreffende iemand, die ongeijkte maten en gewichten had in een magazijn, hetwelk, volgens bekomen informaties van de ambtenaren met het toezicht belast, niet viel onder de Wet op de Maten en Gewichten, maar waaromtrent de rechter eene andere meening was toegedaan; — ook deze werd veroordeeld.

Wat is nu uit het oogpunt van het moderne schuldbegrip op deze veroordeelingen aan te merken? Niets: beide gevallen betreffen *opzettelijk* gepleegde handelingen. Wat evenwel ontbrak, het was de *moreele schuld*, het zedelijk verwijt, dat de dader anders had kunnen en behooren te handelen!

Men vrage zich ook af, in welke strafrechtelijke theorie eene veroordeeling voor schuldellooze wets-overtredingen eenigen zin heeft. Is de straf reactie op den misdadigen wil, zoo is ze hier misplaatst, want een misdadige wil ontbrak; beoogt de straf

af te schrikken, te voorkomen, te beveiligen of te verbeteren, zoo bereikt ze evenmin haar doel, omdat geen strafbedreiging of straf ons kan terughouden van handelingen, waarvan we niet weten noch kunnen weten, dat ze strafbaar of ongeoorloofd zijn. Het eenige nut, dat eene dusdanige bestraffing zou hebben, zou hierin bestaan, dat men daardoor voor de toekomst met het ongeoorloofde der bestrafte gedraging werd bekend gemaakt. Maar zou door eene vrijspraak wegens het ontbreken der schuld niet hetzelfde worden bereikt? Zijn inderdaad die veroordeelingen tot vijftig cents boeten of één dag hechtenis, waar de rechter zelf moet erkennen, dat den dader niets is te verwijten, zoo verheffend voor de rechtspraak en de rechterlijke macht? Zullen ze den eerbied voor die instellingen verhoogen of verminderen?

Alleen op het gebied van het fiscale strafrecht vindt de bestraffing van schuldelooze overtredingen historisch hare voldoende verklaring, in zooverre ze daar haren grond vindt in gepresumeerde niet-betaling van verschuldigde belasting. Wanneer de wetgever op grond van bijv. ééne geconstateerde, zij het schuldelooze, ontduiking presumeert, dat wel meer diergelijke ontduikingen zijn voorafgegaan, en op grond daarvan een veelvoud der belasting als straf oplegt, dan kan men die presumpcie ruw, de benaming *straf* onjuist achten, de verplichting tot het betalen van die geldsom is in 't algemeen gerechtvaardigd, omdat ze niet is bedoeld als eene straf voor eene schuldelooze wetsovertreding, maar als een equivalent voor de gepresumeerde niet-

vervulling van positieve plichten, waarvoor, gelijk ik betoogde, de schuld geen vereischte is. Wat hier afkeuring verdient, is niet, dat men die geldsom laat betalen, en ze desnoods op de erfgenamen van den delinquent verhaalt, maar wel, dat men niet voldoende onderscheidt tusschen de straf voor schuldige wetsovertreding en de vergoeding voor de niet betaalde of gepresumeerd niet-betaalde belasting.

In de tweede plaats de *verplichting tot vergoeding der schade, welke de schuldelooze wetsovertreding aan anderen veroorzaakte*. Hier is het gezichtspunt een geheel ander dan bij de strafbaarstelling: de wetgever spreekt die verplichting herhaaldelijk uit, geen schrijver die eraan denkt, op de afschaffing ervan aan te dringen. De vraag is hier niet, of in die gevallen de verplichting tot vergoeding moet worden gehandhaafd, maar of de wetgever terecht deze verplichting op ééne lijn plaatst met die, uit schuldige wetsovertreding voortspruitende.

Men verlange van den wetgever niet te veel: waar vergoedingsplichten zonder schuldverband zeldzaam zijn, is het te verklaren, dat de wetgever wegens de gedeeltelijke gelijkenis van het rechtsfeit en de geheele gelijkheid van het rechtsgevolg, geen betere plaats ervoor wist te vinden dan onder de verbintenissen uit onrechtmatige daad of ze onmiddellijk daarnaast plaatste als verbintenissen quasi ex delicto. Wanneer evenwel die gevallen talrijker worden, kunnen er dringende redenen zijn, die classificatie te verlaten. Immers, aan den drang van iedere wetenschap bij de begrips-

formatie tot het minimum door te dringen, ontkomt men niet: wanneer dus verschillende rechtsfeiten wegens een overeenkomstig element tot ééne zelfde soort worden bijeengebracht, bestaat het gevaar, dat dit gemeenschappelijk element als het karakteristieke der geheele groep wordt beschouwd, en wordt voorbijgezien, dat het karakteristieke der verschillende onder de groep bijeengebrachte soorten juist in het niet-gemeenschappelijk element kan zijn gelegen. Zoo was het te verwachten, dat, nu schuldige en schuldelooze wetsovertredingen onder ééne groep werden gebracht, het aan beide gemeenschappelijk element, *de causaliteit van den mensche-lijken wil*, tot algemeenen grondslag der schadeloosstelling werd geproclameerd, waardoor zoowel aan het karakter der eigenlijke onrechtmatige daad als aan dat van de andere handelingen, die tot vergoeding verplichten, afbreuk werd gedaan, — ja zelfs SJÖGREN ¹⁾ ertoe werd gebracht, de schuld niet meer als *karakteristiek element* van het onrecht, maar slechts als *symptoom* van de causaliteit van den wil te beschouwen.

Vervolgens is te vreezen, dat, wanneer eenmaal gelijknamigheid van rechtsfeit is uitgesproken, ook voor goed redelijke differentiatie van rechtsgevolgen is buitengesloten. Is schuld het karakteristieke van het rechtsfeit, zoo treedt de vraag op, of verschillende graden van toerekeningsvatbaarheid en verschillende graden van schuld, verschillend rechtsgevolg kunnen medebrengen; of, waar meerderen

¹⁾ l. c., pag. 406 v.

causaal en schuldig zijn geweest, de omvang van ieders schuld voor de beoordeeling zijner verantwoordelijkheid dient in aanmerking te komen; of de noodtoestand de verantwoordelijkheid uitsluit; of schuld bij den benadeelde ook de aansprakelijkheid kan modificeeren, enz. Treedt in plaats der schuld naast de causaliteit een andere factor als de karakteristieke op, dan kan de vraag rijzen of deze factor niet eene matiging der vergoeding medebrengt, bijv. tot datgene, waarmede de dader is verrijkt; of niet de betrekkelijke vermogenstoestand van dader en benadeelde in aanmerking dient te komen; of niet die factor kan dringen tot het opleggen van den vergoedingsplicht aan een ander dan hem, die de schade toebracht, bijv. hem, in wiens belang de daad werd verricht, enz. Wordt daarentegen de schuldelooze wetsovertreding met de schuldige op ééne lijn geplaatst, zoo dringt de aanvaarde eenzelveheid van rechtsfeit allicht tot het in het leven roepen van gelijke rechtsgevolgen.

In de derde plaats eindelijk voert de bestreden gelijkstelling tot onoprechtheid in wetgeving, rechtspraak en litteratuur: de natuur blijkt herhaaldelijk sterker dan de leer, en doet aan het verdreven schuldbegrip langs de omwegen van ficties en presumties ten slotte toch recht wedervaren.¹⁾

¹⁾ Ook de tegenstelling tusschen de vernietiging van den eigendom, waar art. 152 der Grondwet op doelt, en die, welke het gevolg is eener overtreding van wet of verordening, (men denke bijv. aan art. 180 der Gemeentewet), is niet houdbaar, zoo niet de schuldelooze en de schuldige wetsovertreding streng worden onderscheiden.

Beziet men nu de litteratuur over »den schadevergoedingsplicht buiten contract en onrechtmatige daad», dan blijkt, dat het tijd wordt, de oude banen te verlaten. Wat vroeger »voor het gemak» kon worden geduld, past thans niet meer, nu de litteratuur de aandacht heeft gevestigd op tal van gevallen, waarin de wetgeving dien plicht heeft erkend, — op tal van andere, door de praktijk door middel van schuldficties aan de wetgeving toegevoegd, — op vele andere bovendien, waarin het toenemend verkeer, de ontwikkelde industrie, het nauwer contact, waarin de menschen tot elkander treden, en de meer sociaal getinte denkwijze van onzen tijd, zulk een plicht met aandrang vorderen. Nog zoekt men naar het leidend beginsel, of liever de leidende beginselen, volgens welke op dit nog braak liggend terrein moet worden gebouwd; overdrijving en mistasting ontbreken hier geenszins, maar zeker verdient iedere reactie tegen deze poging afkeuring, zooals die blijkt bijv. uit het nieuwe Deutsche Wetboek, waarin onder één titel »Unerlaubte Handlungen» allerlei handelingen, — schuldige en schuldelooze — van toerekeningsvatbaren en niet-toerekeningsvatbaren — zijn bijeengebracht; of zooals blijkt uit het onlangs in Frankrijk ingediende wetsvoorstel om aan art. 1382 van den Code Civil eenvoudig eene bepaling toe te voegen, waarin zonder meer niet-toerekeningsvatbaren voor de door hen veroorzaakte schade worden verantwoordelijk gesteld. ¹⁾

¹⁾ Zie Weekbl. van het Recht, n°. 7795.

De drieledige indeeling van hetgeen men gewoon is onrecht te noemen, meen ik thans in het licht te hebben gesteld : de niet-nakoming van den positieven plicht, die den plicht laat voortbestaan met denzelfden of aequivaleerenden inhoud; de plichtsovertreding, slechts met zedelijke schuld denkbaar, de erkende basis van strafrechtelijke en burgerlijkrechtelijke aansprakelijkheid; de schuldelooze benadeeling van eens anders rechtsgoed, als zoodanig alleen niet voldoende, om aansprakelijkheid te vestigen, maar wel in verband met andere factoren, welke in den loop der tijden, onder den invloed van andere levensverhoudingen en zienswijzen, moeten worden gewijzigd en aangevuld.

HOOFDSTUK V.

Juridische causaliteit.

§ 1.

De rechtsregelen, waaruit onmiddellijk bepaalde bevoegdheden en plichten voortvloeien, zij het dat logische subsumptie der feiten onder den regel noodig is om ze te leeren kennen, vormen slechts een klein deel der geheele rechtsstof: meest zijn het absolute verbodsbepalingen; het grootste deel der rechtsregelen knoopt pas aan een feitelijk gebeuren het ontstaan van bevoegdheden en plichten vast, of geeft in vereeniging met zulk een feitelijk gebeuren aan een nieuwen rechtsregel het aanzijn. Het ontstaan van bevoegdheden en plichten, gelijk van nieuwe rechtsregelen, geschiedt op de basis eener aanwezige rechtsorde. Hetzelfde geldt van hun te niet gaan en veranderen. Is hier de causaliteits-categorie aanwendbaar? ¹⁾

¹⁾ Een overzicht der niet zeer rijke litteratuur geeft SJÖGREN in IHERINGS Jahrbücher, 1896, pag. 343 v., »Zur Lehre von den Formen des Unrechts und den Thatbeständen der Schadenshaftung». Men zie daarbij nog de litteratuur aangehaald bij BRINZ, Pandekten, (2^o dr.) IV, § 524, n. 1. Over de vraag, in hoeverre de causaliteits-categorie in het algemeen in de geesteswetenschappen is aan te wenden, zie men Dr. W. ED. BIERMANN, »W. WUNDT

Nomen — omen! Het causaliteitsbegrip, uit de theoretische filosofie in de rechtswetenschap binnengehaald, gaf hier tot evenveel spraak- en meeningsverschil aanleiding als ginds. Het *rechtsfeit*, de *rechtsregel* en het *rechtsgevolg*, hoe heeft men zich logisch hun onderlingen samenhang te denken? ¹⁾ Is de wet of het feit, of zijn beide in vereeniging, of is nu eens de een, dan weer het ander de *oorzaak* van het rechtsgevolg? De antwoorden loopen uitéén, verder nog dan dikwijls schijnt, waar eensdeels het *rechtshistorisch* of *rechtsphilosophisch* onderzoek naar het ontstaan der rechtsinstituten en de *logisch-juridische* vraag naar de *oorzaak van ieder bepaald rechtsgevolg* met elkander worden verward, anderdeels het juridische causaliteits-begrip nu eens als *identiek*, dan weer als *analogisch* met het natuurlijke wordt gedacht. ²⁾

und die Logik der Socialwissenschaft» in CONRAD'S Jahrbücher, 1903, pag. 50 v. en de daar aangehaalde litteratuur. Mr. J. A. LEVY, Het Indeterminisme, (De psychische causaliteit).

¹⁾ De vraag, in hoeverre causaliteit tusschen het recht en zijne *reële* gevolgen mag worden aangenomen, laat ik hier buiten bespreking. Men vergelijk hierover vooral THON, l. c., pag. 7 v., welke die reële gevolgen geheel buiten het rechtsgebied schijnt te willen bannen, en daartegen Dr. A. MERKEL in GRÜNHUT'S Zeitschrift VI, pag. 376 v., die ze met de rechtsgevolgen op ééne lijn wil stellen en het als taak der rechtswetenschap beschouwt hun regelmatig verband met het objectieve recht en zijne overtredingen op te sporen. De waarheid schijnt mij hier in het midden te liggen, in dien zin, dat die reële gevolgen voor de rechtswetenschap van beteekenis zijn, zoo verre het *rechtsfeiten* zijn, d. i. voor zooverre ze bevoegdheden of plichten doen ontstaan of te niet gaan. Vergelijk ook Dr. E. ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft, pag. 208 v.

²⁾ Het scherpst treedt dit voor den dag bij DERNBURG, die

§ 2.

De gedachtengang van hen, die de natuurlijke causaliteit ook in de rechtswereld werkzaam zien, laat zich aldus weergeven: alle gebeuren wordt voor den mensch onbegrijpelijk, wanneer hij het zich niet denkt in een geregelden samenhang van oorzaak en gevolg; in dit opzicht nu bestaat er geen verschil tusschen de gebeurtenissen in de rechtswereld en die in de fysieke wereld; onjuist is de opvatting, die alleen in de laatste realiteiten wil zien, en aan de eerste slechts eene soort ideële werkelijkheid toeschrijft; beide behooren tot ééne en dezelfde werkelijkheid — in dien zin, dat de mensch door innerlijke beschouwing en uiterlijke waarneming zekerheid aangaande hun bestaan verkrijgt; de causaliteit, als »die allgemeine Daseinsform des natürlichen Lebens» ¹⁾, moet zich mitsdien ook in het rechtsleven doen gelden; tusschen physische en ethische wetten bestaat in dit opzicht geen streng onderscheid; ware het anders »die Regelmässigkeit des Rechts, wenn eine solche noch anzunehmen wäre, würde mit der Regel des Lebens in gar keinem Zusammenhange stehen». ²⁾

blijkbaar natuurlijke causaliteit tusschen rechtsfeit en rechtsgevolg aanneemt, en op dien grond WINDSCHEID bestrijdt, terwijl hij meent op dit stuk in ZITELMANN een bondgenoot te hebben, niettegenstaande deze juist uitvoerig het verschil tusschen de juridische en de natuurlijke causaliteit aantoonst, en dus onder de eerste geheel iets anders verstaat dan DERNBURG. Vergelijk DERNBURG, Pandekten, (2^e druk), I, § 79 en noot 1 aldaar; ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft, pag. 206 v.

¹⁾ SJÖGREN, l. c., pag. 349.

²⁾ SJÖGREN, ibid.

De natuurlijke feiten en de rechtsgevolgen worden mitsdien niet ieder tot eene afzonderlijke wereld gerekend, maar ook de laatste worden in de keten van gebeurtenissen ingerijd, die zich volgens de algemeene natuurlijke wetten afwikkelt. In die causale keten behoren dan ook niet alleen de rechtsfeiten en de rechtsgevolgen, maar ook weder de feitelijke gevolgen dezer laatste te worden opgenomen. ¹⁾

Gelijk men erover twist, of men in de natuurlijke wereld de natuurkrachten dan wel het voorafgaande feit als *de oorzaak* van het intredend gevolg moet betitelen, zoo zou er in dezen gedachtengang twijfel kunnen ontstaan, of ook de natuurkracht dan wel het rechtsfeit als de oorzaak van het rechtsgevolg moet worden beschouwd. Dit is evenwel niet veel anders dan eene questie van terminologie ²⁾; waar het op aankomt is dit, dat nimmer het *objectieve recht*, noch als *regel*, noch als *kracht* ³⁾, de *causa* van het rechtsgevolg worde genoemd, — dat men niet met WINDSCHEID als »das eigentlich Wirkende» »der an den Thatbestand angeknüpfte Spruch der Rechtsordnung» ⁴⁾ aanvaarde, maar veeleer erkenne, dat »den juristischen Thatsachen rechtsbildende Kräfte innewohnen, welche die Anerkennung des Rechtes herausfordern.» ⁵⁾ — Zooals SJÖGREN het uitdrukt: »es gibt bis auf ein gewisses Etwas einen

¹⁾ Cf. MERKEL in GRÜNHUT's Zeitschrift VI, pag. 376 v.

²⁾ Cf. SJÖGREN, l. c., pag. 348.

³⁾ Zoo LOTMAR, Ueber Causa im Römischen Recht, pag. 2 v. Hij noemt het recht in dezen zin: »das Recht als begründende Macht, als Subject».

⁴⁾ WINDSCHEID, I, § 63, § 68 n. 1.

⁵⁾ DERNBURG, I, § 79.

natürlichen (d. h. vom objectieven Rechte unabhängig existirenden) Zusammenhang zwischen der Natur und dem sachlichen Inhalte der Thatbestände einerseits und der realen Bedeutung der Rechtsverhältnisse (der Rechtsfolgen) andererseits, einen Zusammenhang, dessen Erforschung der dogmatischen Wissenschaft obliegt.¹⁾

§ 3.

De voorgedragen beschouwingen zijn vooral gericht tegen hen, die het standpunt innemen, dat uit een rechtsfeit nimmer is te concludeeren tot het intreden van een rechtsgevolg, omdat de *wilskeuze* van den wetgever, welke aan ieder feit ieder willekeurig rechtsgevolg kan verbinden, tusschen beide treedt. Ten deele wordt dit standpunt ook aanvaard, zoo dikwijls men op een of ander gebied

¹⁾ l. c., pag. 349. De consequentie dezer leer is de z.g. *naturalistische* richting der rechtswetenschap, die de menschelijke ideeën over goed en kwaad, recht en onrecht, geheel plaatst onder de heerschappij van de wet der natuurlijke causaliteit, zoodat de rechtswetenschap slechts een onderdeel der natuurwetenschappen zou behooren uit te maken. De behandeling van die richting ligt buiten het kader van dit werk; dat zij hare eigen veroordeeling bevat in *de loochening van iedere norm voor menschelijke geestesverrichting*, dus ook van *de norm der waarheid*, waaraan zij toch heet te beantwoorden, is meermalen betoogd; een doorlopend pleidooi tegen haar nihilistisch streven levert het werk van RUD. STAMMLER, *Wirtschaft und Recht*; hier te lande is ze vooral verdedigd door Prof. H. J. HAMAKER in zijn werk: *Het Recht en de Maatschappij* (waarover Prof. VAN DER WIJCK in het Rechtsgeleerd Magazijn van 1889, pag. 491 v.)

van het rechtsleven de systematiek ter zijde schuift met het beroep op de alleen deugdelijkheid eener zoogenaamde »stelligrechtelijke» theorie. Niet zelden ziet men tegenover het streven, om eene juridische »verklaring» te geven van nieuw opkomende of tot nog toe veronachtzaamde rechtsverschijnselen, de uitspraak geplaatst, dat zulk een streven geheel nutteloos en onvruchtbaar is, wijl de wil van den wetgever, de geschreven of niet-geschreven tekst van het objectieve recht, de eenige en ook afdoende verklaring is van alle rechtsgevolgen¹⁾.

Tegenover zulke theorieën uiten MERKEL en SJÖGREN hunne klacht, dat het recht daardoor wordt gemaakt tot een chaos, waarin als eenig beginsel van ordening de willekeurige nummering der wets-artikelen zou zijn te bespeuren, terwijl de taak van den jurist zich zou hebben te beperken tot het leveren van een praktischen commentaar op die wets-artikelen.

Is nu de aanvaarding der natuurlijke causaliteit in het rechtsleven noodig en bij machte om deze theorieën te niet te doen? Ik geloof het niet. Het aannemen van een causaal verband tusschen rechtsfeit en rechtsgevolg zou dan van eenige beteekenis kunnen zijn, zoo men in staat ware, de natuurlijke wetten, volgens welke dat verband tot stand komt, en onder wier invloed de wetgever dan heet te handelen, aan te wijzen, — zoo men anders dan in overdrachtelijken zin met DERNBURG kon spreken van eene kracht, die van rechtsfeiten uitgaat. Het

¹⁾ Zie hierover Prof. LAND, Inleiding, pag. 14 v.

voorbeeld, dat DERNBURG ter verduidelijking geeft, brengt ons zeker niet veel verder: de wetgever zou onmogelijk aan het contract van bruikleen een ander rechtsgevolg dan de verplichting tot teruggave der geleende zaak kunnen verbinden; hij kon niet anders doen, dan wat reeds als moreele plicht werd erkend, tot rechtsplicht verheffen! Waar is nu in dit alles de natuurlijke causaliteit? De praemisse in het voorbeeld, het contract van bruikleen, houdt immers reeds de verplichting tot teruggave in; waar is nu de natuurlijke wet, krachtens welke deze verplichting tot rechtsplicht werd? Bestaat er somtijds eene natuurlijke wet, volgens welke iedere moreele plicht in een rechtsplicht moet worden omgezet? Toch zeker geenszins; de moreele plicht werd eerst tot rechtsplicht, toen de wetgever het tijdstip gekomen achtte, zijne sanctie eraan te verleen. Dat hij langen tijd die sanctie onthield, is zeker het beste bewijs, dat het rechtsfeit op zich zelf niet voldoende kracht bezat, om het dusgenaamde natuurlijke gevolg te doen intreden. Bovendien, zoo men al van eene kracht wilde spreken, die den wetgever dringt aan bepaalde feiten rechtsgevolgen toe te kennen, is het toch veel juister, met PERNICE ¹⁾ deze kracht niet te doen uitgaan van die feiten zelve, maar veeleer van de in een volk heerschende zedelijke of rechtsbeschouwing, »die Sitte». Maar hoe ver is men dan niet verwijderd van de oplossing van het besproken vraagstuk, de aanwijzing van het verband tusschen

¹⁾ PERNICE, Rechtsgeschäft und Rechtsordnung, in GRÜNHUT's Zeitschrift, VII, pag. 465 v.

rechtsfeit, wet en rechtsgevolg! In plaats van de gezochte *juridische* constructie van het »Rechtsgeschäft» geeft ons PERNICE beschouwingen over het historisch ontstaan der rechtsinstituten en over den grondslag, waarop de autoriteit van het objectieve recht berust. Dat hierbij de »Sitte» een groote rol speelt, zal wel niemand loochenen.

§ 4.

De zoogenaamde natuurlijke causaliteit in de rechtswereld schijnt bij SJÖGREN zich op te lossen in het formeele beginsel, dat ook daar gelijke oorzaken gelijke — ongelijke oorzaken ongelijke gevolgen moeten hebben, hetgeen dan zooveel beduidt, dat uit gelijksoortigheid van rechtsfeit gelijksoortigheid van rechtsgevolg moet voortvloeien, en ook omgekeerd uit gelijksoortigheid of ongelijksoortigheid van rechtsgevolg tot gelijksoortigheid of ongelijksoortigheid van rechtsfeit is te besluiten. Aan de tegenstelling tusschen straf en schadevergoeding, als parallel aan die tusschen delict en civiel onrecht, wordt deze stelling dan verder verduidelijkt ¹⁾.

Ook de beteekenis van dit beginsel ontgaat mij, waar niet wordt aangetoond, waarin het kenmerk der gelijksoortigheid van rechtsfeiten is te zoeken. Niet daarin toch zeker, dat ze gelijksoortige gevolgen voortbrengen, want dan is de stelling eene zuivere tautologie. Gelijksoortigheid onderstelt een beginsel

¹⁾ l. c., pag. 352 v.

van ordening, dat in iedere bijzondere wetenschap een ander is. Waar nu door SJÖGREN de gelijksoortigheid der rechtsfeiten in verband wordt gebracht met hun invloed op de rechtswereld, diende hij, wil hij het verwijt der tautologie ontgaan, de natuur van dezen invloed nader te ontleden, en aan te toonen, dat die invloed zijne uitdrukking kan vinden in algemeene wetten, andere dan de regelen van het objectieve recht. Eerst dan zou, naarmate de rechtsfeiten volgens die algemeene natuurlijke wetten gelijke of ongelijke gevolgen in de rechtswereld moeten voortbrengen, van gelijksoortigheid of ongelijksoortigheid dier rechtsfeiten kunnen worden gesproken. SJÖGREN zelf erkent »daz die hierher gehörigen Untersuchungen zu keinem einfachen, klaren Ergebnisz führen können, eben weil der Zusammenhang kein bloß logischer, sondern in erster Linie ein ethischer ist. Es ist ein ethischer Zusammenhang, dem aber theilweise physische und individual- wie socialpsychologische Thatsachen zu Grunde liegen». ¹⁾ In denzelfden geest MERKEL: »Das naturliche Band, welches in diesem ganzen Bereiche Handlungen und Handlungsfolgen verknüpft, ist freilich nicht in irgend einem theoretischen Princip, sondern in dem Einflusz realer Factoren, mächtiger Interessen und von ihnen abhängiger Affekte gegeben». ²⁾ — Is dat alles juist, hoe kan men dan meenen, dat de juridische begripsconstructie door zulk een causaliteits-begrip

¹⁾ l. c., pag. 349.

²⁾ Jurist. Encyclopaedie, § 242. Zie ook MERKEL in IHERING's Jahrbücher, XXXII, pag. 38.

iets wordt gebaat? Wanneer van de verschillende gezichtspunten, door SJÖGREN en MERKEL aangegeven, de rechtsfeiten moeten worden gezien, alvorens men tot hunne gelijksoortigheid of ongelijksoortigheid kan besluiten, doet men toch beter het formeele causaliteitsbeginsel hier niet aan te wenden, waar het zijne beide hoofdkenmerken, de algemeenheid en de onafhankelijkheid van subjectieve inzichten geheel mist. ¹⁾

Zoolang men dus in gebreke blijft, in de rechtswereld andere natuurlijke wetten aan te wijzen, behalve die, welke hare uitdrukking vinden in het objectieve recht, — en die daarmee tevens ophouden »natuurlijk» te zijn, — blijft de aanvaarding der natuurlijke causaliteit eene zinledige phrase, waarmee men niet bij machte is, die destructieve theorieën te bestrijden, welke ieder rechtsgevolg uitsluitend op den wil van den wetgever terugvoeren. En die natuurlijke wetten zullen nimmer worden gevonden, zoolang de tegenstelling tusschen materie en geest wordt gehandhaafd: immers tusschen rechtsfeit en rechtsgevolg ligt steeds een geestesuiting van den mensch, zoowel bij de formeele wetgeving als bij het ontstaan van het gewoonterecht; die geestesuiting kan nimmer met haar antecedent — het mechanisch gebeuren — onder de wet der causaliteit worden gebracht, wijl de tegen-

¹⁾ Ik laat nog daar, dat, waar SJÖGREN blijkbaar zoo mathematisch wil te werk gaan, hij ook een scherp geformuleerd beginsel zou hebben te geven, waarnaar de *rechtsgevolgen* in gelijksoortige en ongelijksoortige kunnen worden verdeeld. Zie over SJÖGREN's formeel beginsel ook Dr. M. RÜMELIN, l. c., pag. 11 v.

stelling, die tusschen beide bestaat, onverklaard is, en onverklaard zal blijven, daar ze uit geen enkele verklaring is te elimineeren ¹⁾).

Moet hierop nu de conclusie volgen, dat eene rechtssystematiek of begrippenleer hare reden van bestaan mist? Is er geen andere uitweg dan natuurlijke causaliteit of niet te fixeeren willekeur van den wetgever? Geenszins. De ervaring reeds leert dat eene rechtssystematiek mogelijk en vruchtbaar kan wezen. Men onderschatte de beteekenis hiervan niet: zoo menige wetenschap — men denke o. a. aan de morphologie der planten- en dierenwereld, — kent geen anderen grondslag, — of ten minste kende die niet tot DARWIN's tijd, — dan de ervaring, dat de bewerkte stof voor ordening vatbaar is gebleken. Ondertusschen, het wordt gaarne erkend, zulk eene systematiek van lagere orde verruimt slechts ons *weten*, niet ons *begrijpen*, en zij zou, toegepast op het rechtsleven, eene wereld van *gebeuren*, ons slechts eene min of meer statistische regelmatigheid zijner verschijnselen kunnen leeren. Daarmede stelt de jurist zich niet

¹⁾ Deze slotsom wordt natuurlijk niet aanvaard door den consequenten materialist, evenmin als door den consequenten idealist; voor den eerste is ook de menschelijke geestesverrichting niet anders dan een stoffelijk gebeuren, voor den tweede is het stoffelijk gebeuren niet anders dan verandering in den inhoud van ons bewustzijn. (Cf. Fr. A. LANGE, *Geschiede des Materialismus*, 3^e druk, II, pag. 149 v.). In ieder geval is het tot nu toe niet gelukt, de voorstelling der doelbepaling, welke ieder mensch heeft, met die der causaliteit te vereenigen. Cf. R. STAMMLER, *Wirtschaft und Recht*, pag. 356; G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, pag. 25 v.

tevreden : hij constateert niet alleen a posteriori betrekkelijke regelmaat, maar stelt ook a priori aan de rechtsstof den eisch, dat zij naar een redelijk beginsel *kan* worden geordend. Waarop berust de gegrondheid van dezen eisch?

§ 6.

»Nicht Causalität, sondern Motivation vermittelt den Zusammenhang der Obligationen mit ihrem Entstehungsgrunde.« ¹⁾ Met ongeveer deze woorden geeft SCHLOSSMANN het juiste karakter weer van den algemeenen samenhang, die tusschen rechtsfeit en rechtsgevolg is waar te nemen; het ontstaan van den rechtsgevolg voorschrijvenden regel is niet anders te verklaren dan uit de motieven, die den rechtsvormer tot het vaststellen van dien regel bewogen. Daar deze motieven vele en velerlei kunnen wezen, en dikwijls aan niemand bekend, zoo heeft het den schijn, alsof in de opvolging van rechtsfeit en rechtsgevolg niet meer regelmaat is te verwachten, dan tusschen andere feiten en menschelijk handelen is waar te nemen. Wanneer niettemin onze verwachting, éénheid te zullen vinden in het recht, ongeschokt blijft, zóó kan dit op niets anders steunen dan op onze eigen overtuiging, dat, wie de wetgever ook zij, door alle afdwalingen heen, door hem wordt gewerkt aan de bereiking van éénzelfde

¹⁾ Dr. S. SCHLOSSMANN, Der Vertrag, pag. 18. Vergelijk ook zijne onbillijke beoordeeling van het werk van Dr. E. ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft, in GRÜNHUT's Zeitschrift, VII, pag. 543 v.

doel, de verwezenlijking der rechtsidee. Hoe groote plaats toch de rechtswetenschap aan den *wil* heeft ingeruimd, hoe menige theorie ook de wil, of liever de willekeur, van vorst, volk of staat, tot éénig rechtsbeginsel heeft verheven, niemand, die in gemoede gelooft, dat, wie tót rechtsvormer is geroepen, alleen naar dit beginsel zal handelen. Het beste bewijs is, dat zelfs daar, waar desbewust de rechtsidee de rug wordt gekeerd, toch naar schijngronden wordt gezocht, om de formeel wettige wilsuiting voor het *rechtsbewustzijn* te rechtvaardigen. De rechtsidee is één: in al onze overtuigingen en handelingen, waarin we haar verwezenlijkt achten, herkennen wij haar als dezelfde innerlijke kracht terug, al kunnen wij haar zelve niet anders omschrijven dan òf in een formeel beginsel, dat omtrent den inhoud niets bepaalds leert,¹⁾ òf in die concrete overtuigingen, waarin zij zich realiseert. Als één herkennen we haar in ons zelve, als één en identiek onderstellen we haar bij anderen. — Zoo is het onze overtuiging, dat de rechtsregelen zullen worden

¹⁾ Ook het moderne *naturrecht* geeft niets meer. R. STAMMLER erkent zulks uitdrukkelijk: niet »het recht der natuur», maar »de natuur van het recht» moet worden gezocht, d. w. z., de methode ter herkenning van de »Richtigheid» van het recht. (Die Lehre von dem richtigen Rechte, 1902, pag. 27, 93 v.) De Katholieke schrijvers doen het meestal voorkomen, alsof ze met hunne »natuurwet» meer geven; in werkelijkheid is hunne natuurwet ook niet meer dan een samenstel van eenige *formeele* principes als: »ieder *het zijne* te geven», niemand *onrecht* te doen», enz. Aan de fameuze stelling, meestal met zekere emphase eraan toegevoegd, dat de positieve wet, in strijd zijnde met de natuurwet, niet bindend is, worde niet te veel beteekenis gehecht, daar uit de natuurwet ook wordt afgeleid, dat alleen in zeer

geschikt onder ééne leidende gedachte, die ons tevens de verwachting geeft, dat de rechtsstof niet is een willekeurig saamgevoegde rij van wilsuitingen, maar een geordend geheel van rechtsovertuigingen.

Vindt zoo de eisch van regelmaat, door ons aan het recht gesteld, zijne verklaring, — de grenzen, binnen welke aan dien eisch zal worden voldaan, zijn daarbij tevens aangewezen. Waar het rechtsgevoel niet werkt als oorzaak, maar als motief, — waar dit motief nimmer in eene eenvoudige formule den rechtsvormer voor oogen staat, — waar hij het kan misduiden, het opzettelijk kan terzijde stellen, daar is geen absolute regelmaat te wachten. Wèl zijn er vele uiterlijke omstandigheden aan te wijzen, die aan de gevorderde regelmatigheid ten goede komen; wie de voorgaande beschouwingen met sceptisch oog aanziet, stelle zich daarmee tevreden. Vooreerst is de rechtsvorming geen daad van voorbijgaande beteekenis, maar eene, wier gevolgen — de rechtsregelen — dikwijls eeuwen zich doen gevoelen, wier herinnering eeuwen blijft bewaard; zij is niet de taak van één, maar aan hare totstandkoming werken zooveel mede, dat persoonlijke willekeur schijnt buitengesloten; iedere daad van rechtsvorming staat niet los op zich zelve, maar moet worden aangepast aan de bestaande rechtsstof; de

buitengewone omstandigheden aan de Overheid, die de positieve wet uitvaardigt, gehoorzaamheid mag worden geweigerd. Als laatste uitingen van Katholieke zijde over het »natuurrecht" zien men V. CATHREIN S. J., *Recht, Naturrecht und positives Recht* (1901) en Mr. L. P. A. M. VAN CRANENBURGH, *Natuurrecht en positief recht*, (Diss. Amsterdam, 1902).

wetgeving geschiedt niet anders dan na uitgebreide openbare voorbereiding; de wetgever is onderworpen aan de door hem gemaakte wetten; eindelijk worde gewezen op den invloed, die van de rechtswetenschap zelve op de wetgeving uitgaat, door de ordening der voorhanden stof, het blootleggen van leemten en inconsequenties. Al deze omstandigheden maken, dat van »willekeur» van den wetgever zeker niet mag worden gesproken in denzelfden zin, waarin men dien term op het individu aanwendt. Van den anderen kant blijft het waar, dat het willekeurige nooit geheel zal verdwijnen en dat zelfs op het terrein van het private recht, waaraan reeds zoovele geslachten van juristen ordenend hebben gewerkt, steeds rechtsgevolgen zullen zijn aan te wijzen, van wier oorsprong niet anders te zeggen is, dan dat ze voortspruiten »ex variis causarum figuris».

§ 7.

Wat moet het beginsel van ordening wezen, volgens hetwelk de rechtssystematicus zijne taak heeft te volbrengen? Dat dit beginsel niet in eene eenvoudige formule is weer te geven, volgt uit de voorgaande beschouwingen. Eene systematiek van lagere orde stelt zich tevreden met eene classificatie der rechtsfeiten naar hunne rechtsgevolgen, waarbij overeenkomstige elementen van den meest uiteenloopenden aard als criterium worden gebezigd:

men denke bijv. aan de veelsoortige onderscheidingen der overeenkomsten in onze leerboeken. Zulk eene classificatie verschaft een nuttig *overzicht* der rechtsstof, het verruimt niet ons *inzicht*. Dit laatste bereiken wij slechts door eene classificatie der rechtsfeiten naar hun eigen aard in verband met de daaraan vastgelegde rechtsgevolgen. Naar het *motief* dat den wetgever bewoog, de rechtsgevolgen aan de feiten te verbinden, worden we dus als het eenig deugdelijk beginsel van ordening heengewezen. Niet alsof we steeds angstvallig hadden te zoeken naar — en vast te houden aan den gedachtengang, die den wetgever bij het maken der wet voor den geest stond. Integendeel, meer dan eens zal blijken, dat de wetgever, als orgaan der heerschende rechtsopvatting, van den wezenlijken grond dier rechtsopvatting eene verkeerde voorstelling had, te streng zich hield binnen het raam der bekende rechtsfiguren, zijne conclusie trok in strijd met eigen praemisse, ja somtijds zelfs het noodig vond, opzettelijk die rechtsopvatting te misduiden. Zoo heeft dus de jurist niet alleen den gedachtengang van den wetgever te onderwerpen aan logische critiek, maar ook door te dringen tot alle geestesstroomingen, die op het tot stand komen der wetgeving van invloed zijn geweest. Ook daarmede is zijne taak niet afgedaan; hetzelfde rechtsfeit kan in den loop der tijden door verandering der maatschappelijke toestanden een ander karakter verkrijgen, niet meer op zijne plaats zijn dáár, waar het in het systeem werd opgenomen. Dan moet de plaats worden gezocht, waar het thans behoort, en,

zoo het die daar niet kan vinden, worden gearbeid tot voorbereiding eener nieuwe wettelijke regeling.

§ 8.

Wanneer voor natuurlijke causaliteit geen plaats is in het rechtsleven, blijft de vraag te beantwoorden, of daarin niet eene eigen causaliteits-categorie is te herkennen, naar analogie der eerste gevormd. Het uitvoerigst wordt deze vraag besproken door ZITELMANN, en ze wordt door hem bevestigend beantwoord ¹⁾. Hij wijst op de onmiskenbare verwantschap tusschen recht en natuur, die den mensch brengt niet alleen tot vergelijkingen tusschen beide, maar tot het overdragen van verschillende denkvormen van het laatste gebied naar het eerste, zooals »ding», »ontstaan», »veranderen», »te niet gaan». Zoo ook de causaliteits-categorie. Gelijk de zinnelijke wereld zonder haar eene verwarde massa zou wezen, zoo is ook de rechtswereld onbegrijpelijk, wanneer men niet iedere verandering, welke in haar plaats grijpt, op eene oorzaak kan terugvoeren. De analogie der natuurwetten en der rechtswetten vormt tusschen beide de verbindende schakel. De regelmaat van het recht treedt te voorschijn in de algemeenheid zijner regelen, welke evenals de natuurwetten niet anders zijn dan hypothetische oordeelen, daar over noodwendigheid, hiër over behooren. De analogie tusschen natuur

¹⁾ I. c. pag. 200-238.

en recht doe evenwel hunne fundamenteele tegenstelling niet voorbijzien: de eerste, zich objectief plaatsend tegenover den geestelijken mensch, — het laatste, eene schepping van den menschelijken geest. Uit deze tegenstelling zijn alle afwijkingen, die natuurlijke en juridische causaliteit onderling vertoonen, te verklaren: de eerste hare uitdrukking vindend in eene *a parte ante* en *a parte post* oneindige keten van gebeurtenissen, — de andere telkens met een enkel rechtsgevolg hare werking sluitend; de eerste aan ieder feit een gevolg verbindend, — de laatste slechts, voor zoover het den rechtsvormer goeddunkt; de eerste in de onvergankelijke materie slechts *vervormend* scheppend en vernietigend, — de laatste kennend een werkelijk *ontstaan* en *te niet* gaan; de eerste eindelijk overal en altijd geldend, de laatste aan plaats en tijd gebonden. Met deze verschilpunten voor oogen kan de jurist met de juridische causaliteit opereeren, evenals de natuuronderzoeker met de natuurlijke.

Niet veel is ervoor noodig, het onhoudbare van deze voorstellingswijze in te zien. Immers, zoo inderdaad natuurlijke en juridische wetten slechts hypothetische oordeelen waren, respectievelijk over noodwendigheid en behooren, zou het vervuld worden der »hypothese» ¹⁾ niets meer ten gevolge hebben, dan dat *het oordeel ophield hypothetisch te zijn*, m. a. w., dat in de natuurlijke wereld intrad eene *noodwendigheid*, in de juridische wereld een *behooren*. Nu is evenwel de noodwendigheid eener

¹⁾ De uitdrukking blijve voor rekening van ZITELMANN.

gebeurtenis nog niet die gebeurtenis zelve, dus niet het *feitelijke gevolg*, terwijl daarnaast het behooren eener gedraging wèl het *rechtsgevolg* uitmaakt. De causale samenhang, die een feitelijk gevolg aan zijne oorzaak verbindt, vindt mitsdien in de rechtswereld geen analogon: het rechtsgevolg blijft in ZITELMANN's gedachtengang een *oordeel*, het feitelijk gevolg is eene *gebeurtenis*.

Zijn evenwel de rechtsregelen niets meer dan hypothetische oordeelen? ZITELMANN blijft in gebreke voor deze vër gaande stelling het noodige bewijs te leveren, niettegenstaande ze lijnrecht tegen de gangbare opvatting indruischt¹⁾. Niet zonder recht vraagt SCHLOSSMANN²⁾, waarom dan het oordeel van den wetgever in deze iets meer heeft te beduiden dan dat van ieder ander. — De uitspraken van het objectieve recht zijn noch noodzakelijk hypothetisch, noch louter oordeelen. Eene algemeene onvoorwaardelijke verbodsbepaling heeft in 't geheel niets hypothetisch aan zich: van hetzelfde oogenblik af, dat ze in werking treedt, geldt voor ieder de concrete plicht, na te laten, wat ze verbiedt. Er wordt bovendien niet alleen een *oordeel* uitgesproken, dat de verboden gedraging tot de ongeoorloofde behoort, maar die gedraging *wordt door het wettelijk verbod tot eene rechtens ongeoorloofde*. De beteekenis dier qualificatie ligt in de zedelijke be-

¹⁾ Dezelfde stelling, eveneens zonder nader bewijs, vindt men bij Mr. H. J. HAMAKER, *Het Recht en de Maatschappij*, pag. 46 v. Cf. Mr. J. v. IDSINGA, *De adm. rechtspraak en de const. monarchie*, II, pag. 379 n. 1.

²⁾ In GRÜNHUT's Zeitschrift, VII, 1. c.

teekenis van het recht, en in het verband, waarin de verbodsbepaling staat tot de geheele rechtsorde; deze laatste verschijnt als eene feitelijke en rechtelijke *macht*, omdat ze is gebaseerd op het in iederen mensch aanwezige, en in het meerendeel der menschen werkende rechtsgevoel. Wat heet het, of men al het *oordeel* van den wetgever beslissend acht, juist omdat hij *wetgever* is? Misschien, omdat de wetgever bij machte is, aan zijne oordeelen kracht bij te zetten? Maar hoe heeft men zich te denken, dat aan een *oordeel* kracht wordt bijgezet? In ZITELMANN's gedachtengang kan zulks alleen geschieden door nieuwe *oordeelen*, met het eerste verband houdend. Maar waaraan ontleenen dan die andere oordeelen hare kracht? De vraag wordt zodoende slechts verschoven, en onbeantwoord blijft, wat den wetgever onderscheidt van ieder ander, die oordeelvellingen over recht en onrecht ten beste geeft. En voert men hiertegen aan, dat het oordeel van den wetgever dáárom een regel tot rechtsregel maakt, wijl zijne bevoegdheid in het recht zijne steun vindt, zoo is dit volkomen juist, maar — blijft het recht gedefinieerd uit het recht zelf. Het objectieve recht met zijne uitspraken over mogen en behooren is eene kracht, en eene kracht, die niet steunt op feitelijke macht, noch op overtuiging, maar op 's menschen innerlijken drang naar een leven, geordend naar een bepaald doel.

De beschouwing van het recht als eene zedelijke kracht doet de analogie met de natuurlijke wetten, — als hypothetische oordeelen gedacht, — vervallen, en daarmee den grond voor eene op die

analogie gebouwde juridische causaliteits-categorie. Nu wordt evenwel in de natuurwetenschap even dikwijls de natuurwet als het voorafgaand feit als de oorzaak van eene intredende gebeurtenis beschouwd; dan wordt de natuurwet niet gedacht als een hypothetisch oordeel, maar als de in eene algemeene formule weergegeven *natuurkracht*. Op deze wijze zou de analogie tusschen de wetten der natuur en die van het recht weder zijn te herstellen. De juistheid dier voorstelling laat ik in het midden, om alleen de vraag te beantwoorden, of bij de aanvaarding dezer analogie tevens die tusschen natuurlijke en rechtelijke causaliteit mag worden aangenomen. Geenszins: is de natuurwet eene kracht, dan is de gebeurtenis haar *resultaat*, waarmede hare werking voor dit geval tot het verleden behoort; verbindt daarentegen de rechtsregel aan een feit het intreden van een rechtsgevolg, bevoegdheid of plicht, zoo is met dit laatste de werking van den regel voor dit geval geenszins geëindigd, — integendeel de latente kracht van den regel begint eerst thans, nu ze een concreten vorm heeft aangenomen, haren invloed te doen gevoelen; wat het *resultaat* zal zijn, kan niemand zeggen. De gebeurtenissen zijn het gevolg der natuurkrachten, de bevoegdheden en plichten zijn de rechtsregelen zelve. Evenmin als de zwaartekracht de oorzaak is van de *noodwendigheid* van den val, maar wèl van den val zelve, is ook de rechtsregel — de algemeene regel van *mogen* en *behooren* — de oorzaak van een speciaal *mogen* en *behooren*, maar hoogstens alleen van de gedraging, die dientengevolge plaats vindt.

Tusschen rechtsregel en rechtsgevolg bestaat geen ander verband dan dat van logische afhankelijkheid, de eerste is de *ratio*, niet de *causa* van het tweede; het rechtsfeit logisch gesubsumeerd onder den regel, geeft ons het rechtsgevolg. Niet alsof iedere wetstoepassing slechts een logisch denkproces zou eischen; de taak van den rechter bijv. reikt veel verder. Zoo dikwijls evenwel voor de toepassing der wet op een gegeven geval meer dan eene logische operatie wordt vereischt, blijkt, dat het rechtsfeit, waaraan de wet hare gevolgen vastknoopt, nog niet aanwezig is: met het gepleegde misdrijf is het rechtsgevolg — de bevoegdheid en plicht tot straffen — nog niet ingetreden, maar eerst met het uitspreken van de straf door den bevoegden rechter. Die uitspraak is het rechtsfeit, waaraan de wet als rechtsgevolg de plicht der bevoegde macht tot strafvoltrekking verbindt.

§ 9.

Het recht kent alzoo geen eigen causaliteits-categorie, noch als identiek, noch als analogisch met de natuurlijke gedacht. Zulk eene eigen causaliteit van het recht zou dan ook niet moeten bestaan tusschen rechtsfeit en rechtsgevolg, maar tusschen de verschillende rechtsgevolgen, de eigenlijke juridische verschijnselen onderling; eene zoodanige causaliteit is evenwel nooit gesteld. Toch dringt zich het spraakgebruik aan ons op, dat een *ontstaan* en *tenietgaan* van bevoegdheden en plichten

kent. Zonder veel moeite laat zich thans dit spraakgebruik verklaren. De rechtswereld kent geen eigen causaliteit, het recht is niet bij machte ook maar ééne verandering in de rechtswereld uit zich zelf voort te brengen; iedere verandering in den concreten rechtstoestand onderstelt een natuurlijk gebeuren. Voor zoover nu het recht aan eene bepaalde gebeurtenis het ontstaan of te nietgaan van bevoegdheden en plichten verbindt, m. a. w., voor zoover het recht natuurlijke veroorzaking als praemisse stelt voor het intreden van rechtsgevolgen, kan van het *ontstaan* dezer laatste worden gesproken. Niet het recht of de wet brengt het rechtsgevolg voort, — dit laatste is het recht of de wet zelve in bijzonderen vorm, — maar het natuurlijk gebeuren verwezenlijkt de voorwaarde, waaraan de wet haar eigen werking heeft verbonden. Wat dus *werkt* in het rechtsgevolg, is de wet en zij alleen; wat die werking doet intreden, is het feitelijk gebeuren. Het spraakgebruik volgend, kan men dus als causaal van een intredend rechtsgevolg alleen het feit beschouwen, hetwelk in dat feitelijk gebeuren als *oorzaak* wordt aangemerkt. Wanneer mitsdien feit A feit B ten gevolge heeft, en aan het intreden van feit B een bepaald rechtsgevolg is verbonden, is feit A — als oorzaak van feit B — niet feit B zelf, tevens de oorzaak van dat rechtsgevolg.

HOOFDSTUK VI.

Juridisch kunnen.

§ 1.

Zooals ik aan het slot van de eerste Afdeeling reeds opmerkte, heeft in de litteratuur de erkentenis van de diepgaande tegenstelling tusschen rechtelijk »mogen» en »kunnen» langen tijd ontbroken. De oorzaak hiervan zal wel voornamelijk daarin moeten worden gezocht, dat de wetenschappelijke ordening der rechtsstof bijna uitsluitend werd toegepast op het private recht, waar het »mogen» veel meer op den voorgrond treedt dan het »kunnen». Bovendien moest het onderscheid tusschen juridische »macht» en juridisch »mogen» noodzakelijk verborgen blijven, waar reeds het recht zelf in objectieven en in subjectieven zin als »macht» werd opgevat. Waar het juridisch »kunnen» zich op het gebied van het private recht vertoonde, werd het dan ook òf met het subjectieve recht vereenzelvigd, of terloops bij speciale leerstukken, als dat der handelingsbevoegdheid, dat der rechtshandeling of van de nietigheid der overeenkomsten, besproken, zonder dat op zijn eigenlijk wezen, het verband met de formeele natuur van het recht, dieper werd ingegaan. De Romeinen

trouwens hadden in dit opzicht het voorbeeld gegeven ¹⁾. Het standaardwerk van BRINZ ²⁾ bracht de fundamenteele tegenstelling tusschen »mogen» en »kunnen» het eerst op den voorgrond. En opmerkelijk, BRINZ voert die tegenstelling reeds door in het geheele gebied van het recht, privaat zoowel als publiek recht. Hij onderscheidt de »blosze Befugnisz» van de »rechtliche Macht», en brengt tot de eerste de rechten over de lichamelijke wereld buiten ons, en die over onze eigen lichamelijke en geestelijke krachten, — tot de tweede het vermogen tot het scheppen, opheffen en toepassen van het recht zelf, en tot het scheppen, opheffen en geldend maken van rechten, m. a. w., de wetgeving in den ruimsten zin van het woord, de rechtshandelingen van het private recht en de rechtsmiddelen tot handhaving van rechten. Verder evenwel dan tot de erkenning der tegenstelling komt BRINZ niet; herhaaldelijk worden de eens getrokken grenzen weer verward ³⁾, en nergens treedt de beteekenis der onderscheiding voor de rechtssystematiek te voorschijn.

De grens, door BRINZ getrokken, werd door THON verscherpt; duidelijk wordt aangetoond, hoe het

¹⁾ Cf. boven pag. 43 n. 6.

²⁾ Dr. ALOIS BRINZ, Lehrbuch der Pandekten (2^e druk) I, § 64—66.

³⁾ Zoo worden bijv. op pag. 213 de vermogens- en familie-rechten te zamen met de publieke rechten als »rechtliche Macht» aangeduid; op pag. 214 wordt het vermogen tot bevelen, verbieden en veroorloven weer tot de bevoegdheid, niet tot de juridische macht gebracht. Men vergelijke verder vooral zijn paragraaf over publieke en private rechten (§ 68.)

»kunnen» — de »rechtliche Macht», door handelingen rechtsgevolgen teweeg te brengen, — onafhankelijk is, zoowel van het rechtelijke »mogen» eenerzijds, als van het rechtelijk »behooren» anderzijds. Tevens tracht THON het verband tusschen de categorie van het rechtelijk »kunnen», door hem »bevoegdheid» ¹⁾ genoemd, en de algemeene natuur van het objectieve recht — volgens THON louter imperativistisch — aan te geven. Hij ontzegt aan de rechtsregelen, die eene rechtelijke macht verleenen, het zelfstandig karakter: »sie bestimmen nur die Vorbedingungen für den Eintritt oder das Ende gewisser Imperative»; hij rekent ze daarom tot de »begriffsentwickelende» rechtsregelen ²⁾.

In zekeren zin was de uiteenzetting van THON een terugtred met betrekking tot den reeds door BRINZ gelegden grondslag, daar THON zijne beschouwingen beperkt tot het private recht, en daarmede het terrein verwaarloosde, waar het juridisch »kunnen juist» de meeste beteekenis heeft, namelijk het publieke recht ³⁾. Niet aldus deed BIERLING: privaats en publiek recht zijn voor hem gelijk, het is alles »bevel van wil tot wil», — subjectief opgevat, van de

¹⁾ Iedere terminologie heeft hier iets willekeurigs; beter lijkt het mij evenwel den term »bevoegdheid» volgens het gewone spraakgebruik te behouden voor het rechtelijk »mogen».

²⁾ THON, *Rechnorm und subjectives Recht*, vooral Hoofdst. VII, *Befugniss und Rechtsgeschäft*. Op pag. 12 v. schijnt THON aan den rechtsregel: »Du kannst nicht» eene zelfstandige plaats toe te kennen naast den regel: »Du sollst nicht». Zie daarover BIERLING, *Kritik der jurist. Grundbegriffe*, II, pag. 8 v.

³⁾ Dat die verwaarloozing opzettelijk plaats vond, blijkt uit noot 53, pag. 350.

eene zijde »Rechtsanspruch», van de andere zijde »Rechtspflicht.» Het diepgaande onderscheid tusschen het »mogen» of den »Anspruch» en het »kunnen» op beiderlei gebied wordt erkend, maar BIERLING weigert, aan het laatste een eigen plaats in het systeem toe te kennen; integendeel, hij acht het »kunnen» voor de rechtsleer eerst dan van beteekenis, wanneer het tot zijne ware gedaante is teruggebracht, die volgens BIERLING geen andere kan zijn dan die van voorwaardelijken »Rechtsanspruch» en voorwaardelijken »rechtspflicht». Wat er meer in ligt, is voor hem niet anders dan een juridisch onverschillig natuurlijk vermogen ¹⁾).

§ 2.

Eerst door JELLINEK ²⁾ wordt de besproken tegenstelling èn erkend èn tot basis gekozen voor de reconstructie van het rechtssysteem. JELLINEK vervolgt en ontwikkelt het juridisch »kunnen» in zijne verschillende vormen door de geheele rechtsstof heen, in het bijzonder in het publieke recht, en komt zoodoende tot een »System der subjectiven Oeffentlichen Rechte.» In aansluiting aan BRINZ en het meerendeel der juridische schrijvers, in tegenstelling met THON en BIERLING, kent hij aan de rechtsregelen, die juridische macht *toekennen*, *ontzeggen* of *ontnemen*, eene zelfstandige plaats toe naast de

¹⁾ BIERLING, Kritik, II, pag. 72 v., 307 v.; Jurist. Principienlehre, I, pag. 162 v., 180 v.

²⁾ System des subjectiven öffentlichen Rechte.

gebiedende, verbiedende en veroorloovende bepalingen : door de laatste wordt 's menschen natuurlijke vrijheid beperkt of begrensd, de eerste handelen over een vermogen, dat de mensch van nature niet heeft, maar door het recht aan zijne natuurlijke vrijheid kan worden toegevoegd. Dit vermogen betreft daarom steeds eene verhouding van het individu tot de rechtscheppende gemeenschap, waarvan het deel uitmaakt, met name den Staat. In ieder privaatrechtelijk subjectief recht is naast het daarin vervatte »mogen» de door den Staat *erkende* menschelijke vrijheid, een juridisch »kunnen», opgesloten, krachtens hetwelk de rechthebbende de tusschenkomst der Staatsorganen ter handhaving van zijn recht kan inroepen. De publiekrechtelijke subjectieve rechten daarentegen bestaan uit niet anders dan een »kunnen», omdat zij alleen betrekking hebben op de verhouding van burger tot overheid: »Gedurft wird dem Nebengeordneten, gekonnt dem Staat gegenüber» ¹⁾. Het »kunnen» op zich zelf is niet zoo zeer een recht als wel een *rechtstoestand*, waaruit niettemin onmiddellijk acties kunnen worden geboren. Het totaal van hetgeen de mensch in juridischen zin *kan*, bepaalt zijne *persoonlijkheid*. Naar den aard van het toebedeelde *kunnen* verkeert 's menschen persoon in vierderlei rechtstoestand of status: den *passieven status*, krachtens welken hij aan den Staat is onderworpen, tot praestaties aan den Staat is verplicht; den *negatieven status*, krachtens welken hij een van Staatsinmenging vrijen levenskring bezit;

¹⁾ pag. 46.

den *positieven status*, krachtens welken hij de Staats-tusschenkomst voor de bereiking zijner doeleinden kan gebruiken; den *actieven status*, krachtens welken hij alleen of met anderen functies van den Staat uitoefent, als Staatsorgaan optreedt. In aansluiting aan deze indeeling behandelt JELLINEK de verschillende publieke rechten als qualificaties der persoonlijkheid, omschrijft hun inhoud, en toont aan, hoe de achterstelling bij de private rechten is ongegrond en mede de oorzaak, dat het publieke recht op zijne erkenning als »recht» zoo lang heeft moeten wachten.

Hoe groote beteekenis JELLINEK's werk ook heeft voor de studie van het publieke recht en de publieke rechten, eene heldere voorstelling van het rechtelijk »kunnen» geeft het ons niet. Aan tweeërlei bedenking vooral acht ik JELLINEK's leer onderhevig. Vooreerst plaatst hij de »Gewährung», — den wettelijken regel, die een rechtelijk »kunnen» verleent, — zonder meer op ééne lijn met de »Erlaubniss», die slechts een rechtelijk »mogen» inhoudt, terwijl hij niet onderzoekt, of die »Gewährung» wel een zelfstandige vorm van het objectieve recht mag worden genoemd, of ze niet tot een der andere primaire vormen is terug te voeren, — of ten minste welke betrekking tusschen de beide genoemde rechtsvormen is aan te wijzen. Te meer was dit onderzoek naar de juiste verhouding tusschen »kunnen» en »mogen» noodig, waar het »mogen» door JELLINEK niet wordt opgevat als eene eenvoudige rechtelijke qualificatie van eene eigen handeling, maar als »die rechtliche Möglichkeit, Ansprüche an einen Anderen zu erheben in Verbindung mit der Dispositionsmöglichkeit über Recht

und Anspruch selbst». ¹⁾ — In de tweede plaats neemt JELLINEK in de definitie van het »kunnen» het Staatsbegrip op, en loochent in verband daarmee ieder ander »kunnen» dan dat tegenover den Staat of minstens tegenover gesuperordineerde subjecten. ²⁾ Zodoende toch verduistert hij zoowel het begrip van het »kunnen» als dat van den Staat.

Immers, ook als men zich plaatst op het door JELLINEK ingenomen standpunt, dat de Staat als de bron van alle recht moet worden beschouwd, zoo is toch voor de verwezenlijking van *ieder* »kunnen» geen Staatstusschenkomst noodig, daar het »kunnen» dan zoowel bestaat in het vermogen *nieuwe* rechtsnormen te doen in het leven treden, als om op grond van bestaande normen concrete bevoegdheden en plichten te doen geboren worden. Moge dan het eerste niet zonder handeling of wilsbesluit van den Staat denkbaar zijn, het laatste is niet anders dan de verwezenlijking van een reeds door den Staat genomen wilsbesluit, door de vervulling der voorwaarden, waaraan dat besluit het ontstaan van bevoegdheden en plichten heeft vastgeknoopt. Zoo zou men kunnen zeggen, dat het vermogen, om over een gekrenkt recht eene rechterlijke beslissing te verkrijgen, een »kunnen» is tegenover den Staat, daar

¹⁾ pag. 52. Door deze omschrijving van het »Dürfen» komt het mij voor, dat JELLINEK de grenzen van mogen en kunnen weer uitwischte.

²⁾ BRINZ had in dit opzicht reeds het voorbeeld gegeven door te wijzen op het verband tusschen het rechtelijk »kunnen» en het »kunnen» van het geloof en het bijgeloof: ook in de beide laatste lag de beteekenis in de veronderstelde medewerking van eene hoogere macht, pag. 212.

deze door zijn orgaan, den rechter, tot verwezenlijking van dit »kunnen» moet medewerken; het vermogen daarentegen, om door eene rechtshandeling bevoegdheden en plichten voor zich zelve en anderen te doen geborgen worden, is geenszins een »kunnen» tegenover den Staat, daar voor de verwezenlijking van dit »kunnen» geen handeling van een der Staatsorganen wordt vereischt.¹⁾

Maar ook het Staatsbegrip wordt door JELLINEK's definitie van het rechtelijk »kunnen» verduisterd. Immers, de definitie laat in het midden, of de Staat als rechts- dan wel als machtssubject is bedoeld: is het eerste gemeend, zoo heeft men in de definitie van een als primair bedoeld rechtsbegrip een ander gecompliceerd rechtsbegrip opgenomen; is het laatste bedoeld, zoo blijft onopgelost, hoe een machtssubject, zelf aan niets gebonden, aan een *juridisch* vermogen van een ander kan zijn onderworpen; m. a. w. de wederkeerige verhouding van recht en Staat blijft in de lucht zweven. Nu laat JELLINEK wel aan zijne uiteenzetting eenige beschouwingen voorafgaan over die »rechtliche Natur des Staates», maar in die beschouwingen treedt juist het niet genoeg doorgedachte zijner leer te voorschijn. Van den eenen kant wordt de Staat losgemaakt van het recht, en als rechtscheppende macht aan niets gebonden verklaard, van den anderen kant wordt den Staat persoonlijkheid, subjectiviteit slechts toegekend, omdat, en voor zooverre hij subject is van rechten en plichten, dus aan het recht is onderworpen. Dat

¹⁾ Cf. TEZNER in GRÜNHUT's Zeitschrift, XXI.

de Staat zich door de schepping der rechtsorde tegelijkertijd als persoon, als subject zou stellen, is onhoudbaar, wijl toch alleen een persoon, een subject tot zoodanige schepping in staat zoude zijn.¹⁾

§ 3.

Ter bepaling van de juiste plaats, die aan het rechtelijk »kunnen» naast het rechtelijk »mogen» en »behooren» in het systeem toekomt, houde men de beide stellingen in het oog, welke in het vorige Hoofdstuk zijn geadstrueerd: vooreerst, dat eene verandering in de rechtsstof slechts kan plaats vinden op den grondslag eener bestaande rechtsorde, — ten andere, dat zulk eene verandering noodzakelijk een natuurlijk gebeuren tot voorwaarde heeft. Zoo dikwijls nu in zulk een natuurlijk gebeuren de menschelijke wil als oorzaak verschijnt, mitsdien de veroorzaking van een bepaald gevolg door den menschelijken wil in het recht als praemisse is gesteld voor het intreden van een rechtsgevolg, is die menschelijke wil als de oorzaak van dat rechtsgevolg te beschouwen.

Op drieërlei wijs laat zich dit denken: in de eerste plaats kan het recht aan het feitelijk gevolg eener menschelijke wilsuiting het intreden van een rechtsgevolg verbinden, onverschillig of dit feitelijk gevolg ook door den mensch werd gewild; in de tweede plaats kan het recht tot eisch stellen, dat

¹⁾ Cf. SCHVARCZ, *Elemente der Politik*, pag. 24.

de menschelijke wil ook op het doen intreden van het feitelijk gevolg was gericht; eindelijk kan het intreden van het rechtsgevolg afhankelijk worden gesteld daarvan, of de mensch het in het leven roepen ook van het rechtsgevolg beoogde. Niet alleen in het laatste geval, ook in de beide eerste gevallen bezit de menschelijke wil in de rechtswereeld »Causationsfähigkeit», ontleent de mensch aan de betreffende rechtsregelen eene juridische macht, heerschappij over de rechtsstof. Immers al is in de beide eerste gevallen niet noodig, dat de wil het rechtsgevolg beoogde, dit sluit niet uit, dat ook in die gevallen het vermogen bestaat, gewilde rechtsgevolgen te doen intreden. Toch moet het rechtelijk »kunnen» als subjectief rechtsbegrip tot het laatste geval beperkt blijven. In de beide eerste gevallen is de coincidentie van de menschelijke voorstelling met het intredend rechtsgevolg eene toevallige, rechtens onverschillige; het daaruit voortspruitend vermogen is eene reflexwerking, niet door het recht beoogd, en kan mitsdien niet tevens door het recht als eene rechtelijke qualificatie van den menschelijken wil zijn bedoeld. Die macht als zoodanig zal nimmer door het recht worden toegekend of ontnomen, geen wettelijke bescherming zal ze kunnen genieten; als voorwerp van een afzonderlijken rechtsstrijd laat ze zich niet denken. Geheel anders is het in het derde geval: dáár is de genoemde coincidentie de noodzakelijke voorwaarde voor het intreden van het rechtsgevolg; het daaruit voortspruitend vermogen is door het recht beoogd, en kan dus als bijzondere subjectieve rechtscategorie

in aanmerking komen. Dit vermogen als zoodanig zien wij ontstaan en tenietgaan, toegekend worden en ontnomen volgens wettelijke regelen; als gewichtige factor, zoowel voor het individu als voor de rechtsontwikkeling, wordt het met bijzondere waarborgen omringd, zoo noodig erkend als voorwerp van een afzonderlijken rechtsstrijd. Dit vermogen is het rechtelijk »kunnen».

Niet, zooals JELLINEK ¹⁾ het voorstelt, kan dit vermogen als daaraan door de wet toegevoegd bestanddeel op ééne lijn worden geplaatst met het natuurlijke handelingsvermogen van den mensch. Wel is het juist, dat het rechtelijk »kunnen» alleen in en door de rechtsorde ontstaat: de wil gericht op een rechtsgevolg is buiten de rechtsorde ondenkbaar. Men kan evenwel geen quantitatieve vergelijking maken tusschen het handelingsvermogen in en buiten de rechtsorde, om dan in het eerste geval een *plus* te constateeren, omdat natuurlijk en rechtelijk »kunnen» kwalitatief verschillend zijn. Het rechtelijk vermogen is geen verlengstuk van het natuurlijk vermogen, maar eene bijzondere rechtelijke qualificatie daarvan. JELLINEK's voorstelling moet daarom worden bestreden, wijl ze de éénheid in de opvatting van het objectieve recht, en daarmee den samenhang tusschen bevoegdheid, plicht en »kunnen» doet verloren gaan. Immers, JELLINEK plaatst de rechtsregelen, die een »kunnen» toekennen — de »gewährende» — zelfstandig naast de veroorloovende, gebiedende en verbiedende, de eerste het

¹⁾ Syst. der subj. Oeffentl. Rechte, pag. 43 en 45.

rechtelijk, de laatste het natuurlijk vermogen betreffende. Alsof zich één »gewährende» rechtsregel liet denken, die niet tevens een verlot, gebod of verbod inhield! Erkent men daarentegen het rechtelijk »kunnen» als eene bijzondere juridische qualificatie van het natuurlijke handelingsvermogen, dan sluit deze erkenning in zich, dat die qualificatie het uitvloeisel moet zijn van dezelfde rechtsregelen, welke de menschelijke handelingen normeerden door verlot, gebod of verbod.

De aanvaarding dezer laatste stelling bracht THON en BIERLING tot de conclusie, dat, vermits aan de »gewährende» rechtsregelen geen zelfstandig bestaan kan worden toegekend, ook de daaruit voortvloeiende juridische macht geen eigen juridische beteekenis heeft, de wetenschap deze mitsdien tot hare juridische kern, ontdaan van alle feitelijke bijvoegselen, heeft te herleiden: als zoodanig vonden deze schrijvers dan *voorwaardelijke bevoegdheden en plichten*.¹⁾

Is zulk eene herleiding in 't algemeen denkbaar? Voorzeker: indien de functie van het recht geen andere is dan te bepalen, wat ieder *mag* en *behoort*, dan moet ook in bevoegdheden en plichten de geheele rechtsinhoud zijn weer te geven. En toch, zulk eene herleiding zou niet alleen praktisch ongerijmd wezen, maar bovendien zou ze het recht tot eene schijnbaar onbewegelijke massa vervormende, het inzicht sluiten in de op het recht zelf steunende factoren van zijn eigen groei en ontwikkeling.

Praktisch ongerijmd! De begrippen »handelings-

¹⁾ THON in zijn stelsel natuurlijk alleen voorwaardelijke plichten.

bevoegdheid», »actie», »kiesrecht», »wetgevende »macht», enz., enz., behoorden uit wetgeving en wetenschap te verdwijnen, als niets bevattende dan een rechtelijk »kunnen». En wat zou ervoor in de plaats moeten worden gesteld? Eene onuitsprekelijke reeks van z. g. *voorwaardelijke* bevoegdheden en plichten, welke inderdaad in die begrippen liggen opgesloten, maar waaraan niemand *in de eerste plaats* denkt, wanneer hij zich die begrippen voor den geest stelt! Men neme slechts de proef met één der genoemde begrippen, herleide het tot bevoegdheden en plichten, en plaatse het resultaat der herleiding in eene der wetsbepalingen, waarin het voorkomt: de rechtsstof wordt een chaos.

Het recht is voorts geen doode massa: al is het uit zich zelf niet in staat, ook maar de minste verandering in eigen inhoud voort te brengen, het beperkt zich evenmin tot de bepaling van hetgeen ieder op een gegeven oogenblik mag en behoort, maar het omschrijft tevens de voorwaarden, waaronder zijne abstracte regelen tot concrete bevoegdheden en plichten zullen *worden*, en de eerste, zoowel als de laatste, zullen *ontstaan, veranderen* en *te niet gaan*. Wat reden kan er nu zijn, dit alles uit te drukken in den vorm van bevoegdheden en plichten, en het element der *verandering* op den achtergrond te dringen, vooral waar dit element zich vertoont in een individueel en maatschappelijk hoogst gewichtigen levensfactor, zooals het rechtelijk »kunnen» is? Door aan de bevoegdheid en den plicht het epitheton »voorwaardelijk» toe te voegen, verbetert men de voorstelling zeker niet. Het gaat niet aan den term

»voorwaardelijk», die in het private recht in de voorwaardelijke verbintenissen eene speciale technische beteekenis heeft verkregen, zonder meer over te planten in de algemeene rechtsleer, zeker niet, als men met BIERLING den rechtsplicht en de verbintenis identificeert. De handelingsbevoegdheid bijv. is zonder twijfel een »kunnen» ; herleiden wij dit »kunnen» nu tot »voorwaardelijke» bevoegdheden en plichten, zoo treedt ervoor in de plaats de »voorwaardelijke» gerechtigheid en verplichting tot alle rechten en verbintenissen, die wij ooit in ons leven door gebruikmaking onzer handelingsbevoegdheid zullen verkrijgen of op ons nemen! Die »voorwaardelijke» bevoegdheid en plicht moet dan met de voorwaardelijke verbintenis van het civiele recht op ééne lijn worden gesteld! Men denke zich ook eens in het publieke recht bijv. de wetgevende macht omgezet in den op ieder drukkenden »voorwaardelijken» plicht, alle door het met die macht belaste orgaan uitgevaardigde regelen op te volgen! Die regelen verleen en dikwijls zelve weder een rechtelijk »kunnen» : moet dan door juridische »herleiding» de wetgevende macht somtijds worden omgezet in bevoegdheden en plichten »voorwaardelijk» in de tweede en derde macht?

De term »voorwaardelijk» deugt niet. Men stelle er bijv. »abstract» voor in de plaats, om daarmede die bevoegdheden en plichten te qualificeeren, die nog niet eene bepaald aangewezen gedraging als geoorloofd of verplicht inhouden, maar de aanwijzing van het of en het hoè dier gedraging afhankelijk stellen van toekomstige gebeurtenissen.

De juridische beteekenis dezer gebeurtenissen — der z. g. *rechtsfeiten* — wordt door niemand voorbijgezien; aan eene bepaalde groep daarvan, de *rechtshandelingen*, de »*Rechtsgeschäfte*», wordt door niemand eene bijzondere plaats in het systeem geweigerd.¹⁾ Welnu, het »kunnen» is niet anders dan de bron, waaruit we ons juridisch die rechtshandelingen ontsproten hebben te denken; het is de doelmatigste vorm, de rechtshandelingen aan te duiden, welke ieder kan verrichten, daar het eene differentiatie naar den aard dier rechtshandelingen toelaat. En dat begrip zou als onjuridisch uit de wetenschap moeten worden verwijderd!

De abstracte bevoegdheden en plichten, voor zoover hunne werking of hun inhoud is afhankelijk gesteld van menschelijk willen, geven eene dubbele juridische qualificatie: eene aan hen, wien de bevoegdheden en plichten betreffen, eene aan hen, van wier wil hunne werking afhangt. Zoowel juridisch als maatschappelijk kan de laatste meer op den voorgrond treden dan de eerste.

In het recht in objectieven zin — als een geheel van veroorloovende, gebiedende en verbiedende regelen — is voor eene derde categorie de »gewährende» geen plaats; in het recht in subjectieven zin daarentegen treedt naast de bevoegdheid en den plicht het »kunnen» met eigen inhoud op, dien het ontleent aan de betrekking tot bepaalde personen, waarin we ons sommige rechtsregelen denken.

¹⁾ Ook niet door BIERLING, die een groot deel van het tweede stuk van zijn laatste werk eraan wijdt.

In de voorstelling van de bevoegdheid en den plicht ligt niet die van het »kunnen», in die van het »kunnen» wel die van de bevoegdheid en den plicht opgesloten, evenals in de voorstelling van het »zijn» niet die van het »worden», wel in die van het »worden» die van het »zijn» is vervat: en toch is het »worden» geen species van het »zijn», evenmin als het »kunnen» van bevoegdheid en plicht.

HOOFDSTUK VII.

Het subjectieve vermogensrecht.

§ 1.

Bevoegdheid, plicht en juridisch kunnen vonden we als de subjectieve vormen van het objectieve recht. Dat hiermede niet tevens de rechtsfiguur is aangewezen, welke het juridisch spraakgebruik als *het recht in subjectieven zin* betitelt, merkte ik reeds hierboven ¹⁾ op: de eenvoudige bevoegdheid, zonder daartegenover staanden plicht van anderen, moge nu en dan een »recht» worden genoemd, de eenvoudige rechtsplicht zonder meer zal nimmer als »recht in subjectieven zin» worden aangeduid. Vanwaar deze schijnbare tegenstrijdigheid tusschen het historisch geworden spraakgebruik en de slotsom der logische deductie? De geschiedenis der uitdrukking »recht in subjectieven zin» geeft het antwoord. Het gebruik dier uitdrukking in de tegenwoordige beteekenis dateert uit den tijd van IM. KANT, welk tijdperk zooveel bijdroeg tot de verscherping der tegenstelling tusschen de begrippen »objectief» en »subjectief» in de algemeene philosophie.²⁾ De eerste schrijver

¹⁾ Pag. 124.

²⁾ Cf. RUD. EUCKEN, Die Grundbegriffe der Gegenwart, pag. 31 v.

bij wien ik die tegenstelling op het rechtsbegrip vond toegepast is HUFELAND, van wiens hand in 1785 verscheen: »Versuch über den Grundsatz des Naturrechts». ¹⁾ De ouderen gebruiken zoowel voor recht in objectieven als subjectieven zin hetzelfde woord »jus», of duiden het laatste aan door een der termen: »facultas», »potestas», »aptitudo», »vis», »copia», »licentia»; een enkele maal vindt men het ook als *jus in concreto* tegenover *jus in abstracto*, het objectieve recht, gesteld. ²⁾ Ook in KANT's tijd waren de uitdrukkingen in de tegenwoordige beteekenis nog geenszins algemeen in zwang: P. J. A. FEUERBACH ³⁾ o. a. bezigt ze nog in geheel anderen zin, PUCHTA ⁴⁾ keurt het gebruik ervan sterk af, terwijl V. SAVIGNY ⁵⁾ alleen het gebruik ervan door anderen mededeelt, zonder ze nochtans zelf aan te wenden. Na dien tijd komen ze algemeen in toepassing.

Vòòrdat dus de termen »objectief» en »subjectief» werden gebruikt, opereerde men reeds met de begrippen, welke erdoor worden aangeduid: alleen ter onderscheiding van die beide begrippen, waarvoor tot nog toe slechts èèn algemeen gebruikelijk woord bestond, werden de beide adjectiva aan dat woord toegevoegd. Het woord »recht» in de uitdrukkingen »objectief» en »subjectief recht» heeft dus geenszins dezelfde beteekenis; de adjectiva zijn

¹⁾ Men zie aldaar pag. 36.

²⁾ Men zie H. COCCIJUS AD GROT. Lib. I C. I, § 4.

³⁾ Kritik des natürlichen Rechts, 1796, pag. 155 noot.

⁴⁾ Cursus der Institutionen, § 6.

⁵⁾ System I, § 4.

geen correlatieve praedicaten ter aanduiding van twee beschouwingwijzen van ééNZelfde begrip, maar onderscheidende praedicaten ter aanduiding van twee verschillende begrippen, die vroeger door ééNZelfde woord werden weergegeven. Zoo laat het zich verklaren, dat, als men de objectieve rechtsregelen tot hunne subjectieve gedaante heeft gebracht, men bij een ander begrip aanlandt, dan datgene, wat het spraakgebruik met »recht in subjectieven zin» bedoelt.

De miskenning van deze eenvoudige waarheid beschouw ik als eene der hoofdoorzaken mede, dat de constructie van het begrip van het subjectieve recht geregeld is mislukt. Uit den eenvoudigen rechtsregel alleen wilde men door logische deductie komen tot het subjectieve recht, en, naar gelang men zich het objectieve recht al dan niet uitsluitend imperativistisch dacht, vond men als subjectief correlaat òf alleen den rechtsplicht òf de bevoegdheid en den plicht beide, terwijl geen dezer begrippen beantwoordt aan hetgeen het spraakgebruik een recht in subjectieven zin pleegt te noemen.

De gelijknamigheid van het objectieve en het subjectieve recht in verband met hunne niet te loochenen wederkeerige afhankelijkheid bracht ook in verzoeking, beide tè beschouwen als uitingen, verschijningsvormen eener hoogere éénheid, waarin dan het rechtsbegrip bij uitnemendheid zou moeten worden gevonden. Met name de theorie van HEGEL is van deze aprioristische gedachte doordrongen: zonder voorafgaand *juridisch* bewijs, dat de aanvaarding dezer hoogere éénheid noodzakelijk is, wordt speculatief eene voorstelling van het recht

gegeven, welke die zucht naar begripsmatige éénheid bevredigt, en daaraan, zoo noodig, de werkelijkheid opoffert.

Een der laatste volgelingen der Hegeliaansche school hier te lande, Prof. BOLLAND, blijft ook in dit opzicht zijn meester getrouw. Zonder zich eerst voldoende rekenschap ervan te geven, wat die rechtsfiguur is, welke het juridisch spraakgebruik als »recht in subjectieven zin» aanduidt, worden op de gelijkvormigheid van uitdrukking in Hegelschen trant diepzinnige beschouwingen gebouwd, en wordt den »hegelloozen» jurist verweten, dat gemis aan filosofisch inzicht alleen hem tevreden doet zijn met een tweeledig rechtsbegrip, dat de hoogere éénheid in het duister laat. »Kortom het tweeledige rechtsbegrip onzer dubbele omschrijving blijkt zich over en weer in eigen tegendeel te spiegelen, en in hare verzwijging van het wezen der betrokken éénheid, het punt, waarop het aankomt, is deze in waarheid de ondoordachtheid van een paar rechtsgeleerd Siameesche tweelingen.» ¹⁾ Schuilt hier niet veeleer de »ondoordachtheid» of liever de »onbedachtzaamheid» in den onbewezen eisch, dat recht in objectieven en recht in subjectieven zin begripsmatig tot ééne hoogere éénheid moeten worden herleid? Zeker

¹⁾ »Twintigste eeuw», 1902, pag. 252 De charge op de rechtsgeleerde faculteit wegens hare geringe philosophische geschooldheid blijve voor 'schrijvers rekening: waar is, dat ze hare kunde — waaronder ook hare philosophische — gewoonlijk toepast op eigen terrein, terwijl de filosofen geen bezwaar erin zien, zonder juridische studie, aan de rechtsgeleerde faculteit op hoogen toon de les te komen lezen.

kan de beweerde »ondoordachtheid» niet aan verwaarloozing van HEGEL's philosophie worden geweten: wie de juridische litteratuur sinds HEGEL volgt, hij zal waarnemen, dat ze juist zoo langen tijd dankbaar en gretig »'s meesters» hooge wijsheid heeft opgenomen en verwerkt, en eerst langzamerhand zich een weinig weet vrij te maken van de zelfvoldaanheid, die Hegeliaansche geleerdheid gewoonlijk haren consumenten schenkt.

De gelijknamigheid van het objectieve en subjectieve recht in vele — niet alle — talen is voorzeker opmerkenswaardig en eischt hare historische, etymologische verklaring ¹⁾. Het ontbreken evenwel van deze verklaring rechtvaardigt nog niet, dat op die gelijknamigheid alleen philosophische theorieën worden opgebouwd, alsof zij slechts de uiting kan zijn eener tegenstelling, die in eene hoogere éénheid hare oplossing moet vinden.

§ 2.

De jurist, die na de vaststelling der primaire subjectieve rechtsvormen, zich voor de vraag ziet gesteld, wat het subjectieve recht van het spraakgebruik kenmerkt, bevindt zich in vrijwel dezelfde positie als de physicus of chemicus, die de moleculen en atomen der stoffelijke wereld heeft beschreven, en wordt geplaatst voor de begripsbepaling van

¹⁾ Die verklaring vond ik tot nu toe nergens, wel de noodige gissingen. Onopgelost vooral blijft, waarom alleen de actieve zijde „recht” wordt genoemd, niet de passieve, de verbintenis.

het stoffelijk »voorwerp». ¹⁾ Gelijk, waar als vaststaande wordt erkend, dat de stoffelijke voorwerpen niet anders zijn dan onderling samenhangende moleculen en atomen, toch uit het begrip dezer kleinste éénheden niet tot het begrip van het »voorwerp» is te geraken, zoo gelukt het evenmin, uit de begripsbepaling der eenvoudigste juridische elementen, die der hoogere éénheid, welke het subjectieve recht aanduidt, op te bouwen. Al is men overtuigd, dat de bevoegdheid, de plicht en de juridische macht steeds zullen blijken, het eenig rechtelijk residuum te zijn, en tevens, dat uit den geconstateerden veelsoortigen innigen samenhang tusschen deze rechtsvormen rechtsfiguren van samengestelden aard moeten voortkomen, — het beginsel der individualisatie voor deze laatste schenkt ons die overtuiging niet. Dit te erkennen, behoedt voor de fout, door vele theoretici begaan, een begrip van het subjectieve recht te willen opbouwen uit de begripsbepaling zijner samenstellende deelen, in plaats van het rechtstreeks te ontleenen aan den inhoud der voorstelling, waarin het is vervat. De subjectieve rechten toch zijn geen kunstmatig gevormde begrippen, welke niet meer inhouden dan wij zelven erin hebben gelegd, maar ze worden ons door de ervaring opgedrongen, vragende om de analyse van hun veelsoortigen inhoud. Niet door constructie der deelen komen wij tot de kennis van het geheel,

¹⁾ Niet bedoeld als het „Ding an sich”, zooals SCHLOSSMANN (Der Vertrag pag. 252) het voorstelt, maar als het voorwerp met zijne eigenschappen.

maar de analyse van het geheel brengt ons de kennis der deelen en van hun onderlingen samenhang. Zonderling is daarom ook de raad, door SCHLOSSMANN ¹⁾ gegeven, de subjectieve rechten geheel uit de wetenschap te bannen, en ons slechts bezig te houden met de bevoegdheden en plichten. Als juridisch verschijnsel staat het subjectieve recht onomstootelijk vast; herhaaldelijk wordt het als éénheid erkend, vóór de samenstellende deelen zijn gevonden; in wetgeving, rechtspraak en maatschappelijk leven handhaaft het zich bij voortduring, en schijnt het maar al te dikwijls te spotten met de pogingen, zijn juisten inhoud vast te stellen.

In hoeverre laat zich een spraakgebruik betreffende den term »subjectief recht» waarnemen? Tusschen de eenvoudige bevoegdheid en een compleet subjectief recht, zooals bijv. het eigendomsrecht, staan tal van schakeeringen, zich onderscheidend naar den aard der bevoegdheid en de wettelijke bescherming, welke zij geniet; al die vormen, de eenvoudige bevoegdheid ingesloten, worden op hun tijd als »rechten» aangeduid. Hetzelfde geldt van het juridisch »kunnen»: van de algemeene handlingsbevoegdheid tot het meest bijzondere »kunnen», dat vooral het publieke recht in de staatkundige rechten te aanschouwen geeft, voert eene reeks subjectieve rechtsvormen, waarin de juridische macht in hare verschillende schakeeringen te voorschijn treedt; al die vormen worden op hunne beurt als

¹⁾ Der Vertrag, pag. 260.

»rechten» aangemerkt. ¹⁾ Alleen de rechtsplicht wordt in geen enkelen vorm een »recht» genoemd voor hem, op wien hij drukt. Een onbetwist terrein evenwel geeft ons slechts het private vermogensrecht: hier kan de jurist een catalogus opstellen van subjectieve rechten, omtrent wier bestaan en erkenning als zoodanig een ieder het *grosso modo* eens is. Daarbuiten, met name in het familierecht, het procesrecht en het publieke recht, is geen vaststaande terminologie aan te wijzen. Daarom gaat eene analyse van het private vermogensrecht voorop.

§ 3.

Welke kenmerken hebben in het private vermogensrecht de subjectieve rechten met elkander gemeen? Het zijn vooreerst geen andere dan die, op grond waarvan wij in de stoffelijke wereld het bestaan van afzonderlijke voorwerpen aannemen. ²⁾ De eerste grond, waarop zulks geschiedt, is *de uiterlijke afscheiding*, de waarneming, dat de samenhang der samenstellende deelen onderling inniger is dan die met de omgeving. Zoo zijn ook de subjectieve rechten subjectieve rechtsvormen, waarin bevoegdheden, macht en plichten zoozeer met elkander samenhangen, dat het geheel zich afscheidt zoowel van de bevoegdheden, macht en plichten van den gerechtigde als van die van anderen. Die afscheiding

¹⁾ Cf. O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, pag. 105.

»Die gemeine Redeweise verfährt mit dem Ausdruck Recht auf das verschwenderische».

²⁾ Cf. SIGWART, (*Logik*) 2^e druk, II, § 72.

als één geheel uit de geheele rechtsstof is het eerste kenmerk, dat bij waarneming blijkt. Waarom is wèl het eigendomsrecht een subjectief recht, niet iedere der daarin vervatte bevoegdheden op zich zelve? Omdat iedere dier bevoegdheden wel, evenals ieder deel van een voorwerp, op zich zelve kan worden beschouwd, maar haar samenhang met de andere bevoegdheden, als toekomende aan éénzelfden persoon, gericht op éénzelfde voorwerp, beschermd door denzelfden algemeenen onthoudingsplicht van anderen, ¹⁾ gehandhaafd door hetzelfde rechtsmiddel, zoo zeer in het oog springt, dat ze niet allèèn, maar slechts in verband met die andere bevoegdheden, zich afscheidt van alle andere bevoegdheden en rechten. Waarom scheidt zich het recht van den vruchtgebruiker als een afzonderlijk recht op de zaak van dat van den eigenaar af en niet zoo dat van den huurder? Beiden hebben, zij het met eenig verschil, het recht de zaak te gebruiken en de vruchten ervan te trekken; beiden behouden hun recht, ook als de eigendom in andere handen komt. De afscheiding van de bevoegdheden van den vruchtgebruiker van die van den eigenaar evenwel is gedurende het vruchtgebruik zoo goed als compleet: de bevoegdheden van den eerste staan als afzonderlijk geheel tegenover den onthoudingsplicht van anderen, zelfstandig gehandhaafd door eigen rechtsmiddel; de bevoegdheden daarentegen, welke den

¹⁾ Over de vraag, of deze plicht strekt tot onthouding van die handelingen, waartoe de eigenaar alleen bevoegd is, of ook tot niet-stoornis van den eigenaar in het verrichten dier handelingen, zie men THON, l. c., pag. 166 v.

huurder betreffende de zaak toekomen, blijven in te nauw verband met die van den eigenaar, om als zoodanig een afzonderlijk recht te vormen: de algemeene onthoudingsplicht van anderen beschermt niet de bevoegdheden van den huurder, het rechtsmiddel, waardoor ze worden gehandhaafd, komt niet hem toe, maar den eigenaar. Wel komen de bevoegdheden van den huurder in een ander verband tot haar recht; zij blijken nauw samen te hangen met den plicht van den verhuurder het goed ter beschikking van den huurder te stellen en te laten, en met het rechtsmiddel, dat de laatste heeft, om de nakoming van dien plicht te verzekeren; in dit verband vormen zij dan ook de kern van het persoonlijke recht van den huurder tegenover den verhuurder.

De band tusschen de bevoegdheden eenerzijds en de plichten anderzijds, welke den inhoud van het subjectieve recht bepalen, is ten deele een innerlijke, gelegen in het samentreffen van hun beider strekking, voor een ander deel is hij een uiterlijke, gevormd door bijkomende bevoegdheden of juridische macht, gericht op het doen naleven der plichten. Deze juridische macht bestaat uit het vermogen, voor bepaalde overheidsorganen den plicht te doen ontstaan van medewerking, om de bedoelde naleving der plichten te verzekeren. Deze overheidshulp strekt steeds om de nakoming van plichten tot *handelen*, niet die tot *nalaten* te verkrijgen: voor zoover tot dit laatste overheidshulp wordt verleend, is deze niet afhankelijk van den wil van den rechthebbende. Hieruit volgt, dat de

genoemde juridische macht meer concreet van inhoud zal zijn, indien de het recht bepalende plichten strekken tot eene positieve, dan wanneer ze strekken tot eene negatieve gedraging, wijl in het laatste geval eerst door overtreding van die plichten een plicht tot handelen wordt geboren. Naarmate die juridische macht meer concreet van inhoud is, zal ze meer als een hoofdbestanddeel van het subjectieve recht worden beschouwd. Die juridische macht is de *actie* in den ruimsten zin, als omvattende niet alleen het recht op eene rechterlijke beslissing ten gunste van den rechthebbende, maar op alle hulp, welke de overheid op verlangen van den rechthebbende verplicht is te verleenen tot handhaving van zijn recht.

Historisch is dit juridische vermogen steeds meer in de plaats getreden van bevoegdheden tot eigen handelen van den rechthebbende, op hetzelfde doel gericht ¹⁾). Onjuist evenwel is het, dit vermogen als den eenigen inhoud van het subjectieve recht te beschouwen, gelijk ook het aan te merken als het kenmerk bij uitnemendheid der subjectieve rechten: het eerste, niet alleen omdat er rechten zijn, waaraan dit vermogen ontbreekt, maar ook, omdat zelfs daar, waar de actieve zijde van het recht geheel in dit vermogen schijnt op te gaan, de verdreven bevoegdheid toch in de bevoegdheid tot het uitoefenen van dit vermogen weer te voorschijn treedt. Een niet-rechthebbende *kan* een proces voeren, *kan* een gunstig vonnis verkrijgen, *kan* dit vonnis execu-

¹⁾ Cf. o. a. Dr. GUSTAV HARTMANN, Die Obligation, pag. 119 v. en DERNBURG, Pandekten, I, § 125 en 126.

teeren¹⁾, maar hij *mag* het niet. zooals hem zal duidelijk worden, als straks het vonnis door een hooger en rechter is vernietigd. Als juridische macht alleen is geen enkel subjectief vermogensrecht te construeeren: naast het *kunnen* staat steeds het *mogen*.

Ook als de meest essentieele eigenschap der subjectieve rechten kan de actie niet gelden. Hier- tegen verzet zich niet alleen de rechtshistorie, die ons toont, dat de toekenning der actie — als eene opgedrongen overheidshulp — zoowel eene beperking als eene versterking van het subjectieve recht heeft beteekend, maar ook het feit dat er rechten zijn, waar de actie niet noodig is, om de naleving af te dwingen, en welke juist daarom als krachtiger dan andere rechten worden beschouwd: men denke aan het vorderingsrecht van den pandhouder en dat van den houder eener authentieke acte.²⁾

De afscheiding kan plaats vinden òf alleen aan de actieve zijde òf tevens aan de passieve. Het eerste is het geval bij de z. g. *absolute* rechten: een samenhangend geheel van bevoegdheden betreffende een zelfde voorwerp of eene voortdurende reeks van gelijksoortige handelingen, aan één persoon toekomende, strekt hier tot punt van uitgang; door den inhoud scheidt het zich af van andere bevoegdheden van den gerechtigde, door den onthoudingsplicht, op alle andere rechtsgenooten drukkende,

¹⁾ De executie behoudt, ook voor den eigendomsovergang, al hare gevolgen.

²⁾ Ook zij verwezen naar het recht van den Staat enz., de belasting bij dwangbevel te innen.

van de bevoegdheden van anderen. Deze onthoudingsplicht scheidt zich evenwel voor niemand als een bijzondere plicht uit het geheel zijner verplichtingen af; hij geldt voor ieder gelijkelijk als de algemeene plicht, eens anders rechten te eerbiedigen. Anders is het bij de z. g. *relatieve* rechten: het uitgangspunt is hier een plicht of samenhangend geheel van plichten op een bepaald persoon bij uitsluiting drukkende; daartegenover vinden wij eveneens bijzondere bevoegdheid of juridische macht van een ander geplaatst, welke dezen in staat stellen, met uitsluiting van anderen, de nakoming der plichten te verkrijgen. ¹⁾

§ 4.

Een tweede kenmerk der lichamelijke voorwerpen is *continuïteit* van bestaan: de steeds veranderende vorm leidt ons niet tot de voorstelling van even zoovele voorwerpen als er opvolgende vormen zijn waar te nemen, maar het voorwerp met zijne veranderende gedaanten verschijnt ons als een blijvend geheel. Zoo ook in de rechtswereld: waar de bevoegdheden of plichten, zoodra ze als bestaande worden aangemerkt, moeten worden uitgeoefend of vervuld, en daarmede dadelijk te niet gaan,

¹⁾ Door deze voorstelling vervalt het bezwaar van NEUNER, dat bij de gewone onderscheidingen tusschen absolute en relatieve rechten tweeërlei soort plicht van geheel verschillende strekking naast elkander worden geplaatst. Zie NEUNER, l. c. pag. 14 v.

scheiden ze zich temporeel niet voldoende af, om als subjectieve rechten te worden aangemerkt. Zoo vloeien bijv. uit het eigendomsrecht op ieder oogenblik tal van bevoegdheden voort tot bepaalde oogenblikkelijk te verrichten concrete handelingen; hetzij die handelingen worden verricht of nagelaten, de bevoegdheid ertoe is terzelfder tijd voorbijgegaan. Daarom vormen niet die concrete bevoegdheden ons recht, maar we bezitten ze uit kracht van ons recht ¹⁾. Men kan natuurlijk die bevoegdheden zich wel voor oogen stellen vóór den tijd, waarop men ze kan uitoefenen, maar dan verschijnen ze ons toch als toekomstige bevoegdheden, niet als tegenwoordige bevoegdheden tot toekomstige handelingen. Anders is het met de bevoegdheden tot alle handelingen in abstracto, welke den inhoud van ons recht uitmaken: deze merken wij reeds van het ontstaan van het recht af als bestaande aan, omdat we hare beteekenis voor ons zelve en anderen — economisch bezien hare waarde — van dat oogenblik af in onzen geest realiseeren. Met den plicht is het evenzoo: de concrete plichten, waartoe bijv. iemand, die zijne diensten heeft verhuurd, op ieder oogenblik is gebonden, verschijnen gewoonlijk pas als plichten op het oogenblik dat, of korten tijd vóór die plichten moeten worden vervuld; vóór dien tijd zijn het toekomstige plichten. Het geheel der plichten in abstracto daarentegen, dat in de dienstbetrekking ligt opgesloten, verschijnt van den begin af op ieder oogenblik als een tegen-

¹⁾ Cf. WINDSCHEID, Pandekten, (7^e druk), I, pag. 491.

woordige plicht tot toekomstige gedragingen, waarin de juridische en economische beteekenis der rechtsverhouding wordt weergegeven.

Geen onveranderlijkheid van inhoud ligt in het geconstateerde kenmerk opgesloten: het recht blijven wij als hetzelfde beschouwen, zoolang niet voor goed zijn hoofdinhoud is verloren gegaan. Door tijdsverloop, veranderingen in de stoffelijke wereld, veranderingen in de subjecten, in de wetgeving enz., wordt telkens de inhoud van het recht, en daarmee het recht zelf, gewijzigd, terwijl wij het toch als hetzelfde recht blijven herkennen. Alleen, wanneer de hoofdinhoud blijvend is verloren gegaan, verdwijnt ook de voorstelling der éénzelvigheid.

§ 5.

Dit kenmerk der duurzaamheid geeft eenige moeielijkheid bij de beschrijving van den inhoud der rechten: moet de inhoud van het recht worden bepaald naar den veranderenden inhoud, dien het gedurende zijn bestaan kan vertoonen, of moet aan het recht een zekere *normale* inhoud worden toegekend, met de erkenning, dat deze gedurende het voortbestaan voor goed of tijdelijk kan zijn *beperkt* of somtijds ook *verruimd*, m. a. w., moeten alle veranderingen, welke een recht gedurende zijn bestaan kan hebben te ondergaan, in de definitie van het recht worden opgenomen, of valt in die definitie slechts de tegenwoordige normale gedaante? Bij de eerste opvatting kan van wettelijke beperking of ver-

ruiming van het recht slechts worden gesproken in historischen zin; *geoorloofde inbreuken op een recht* zijn dan ondenkbaar, wijl op die inbreuken reeds bij de omschrijving van het recht is geanticipeerd; bij de tweede opvatting daarentegen kan op een recht worden inbreuk gemaakt niet alleen door overtreding van de plichten, die zijn inhoud bepalen, maar tevens door het ontnemen eener bevoegdheid, het opheffen van een plicht, in het recht opgesloten.

In den hier gekozen algemeenen vorm wordt de vraag gewoonlijk niet gesteld. Men vindt haar evenwel terug in den eindeloozen strijd over de juiste begripsomschrijving van het eigendomsrecht.¹⁾ De oudere voorstelling van het eigendomsrecht was zeker die van eene normale grootheid: iedere voortdurende of tijdelijke ontneming van eene daarin opgesloten bevoegdheid, de opheffing van eene den inhoud van het recht mede bepalenden plicht, werd beschouwd als eene *inbreuk* op, of eene *beperking* van het subjectieve recht, dat met zelfstandigen inhoud tegenover hoogere en lagere wetgevende en uitvoerende organen werd geplaatst;²⁾ de nieuwe richting tracht in de omschrijving van het eigendomsrecht de toekomst mede te omvatten, zoodat regelingen of beschikkingen, die de bevoegdheden van den eigenaar voortdurend of tijdelijk verminderen, of desbetreffende plichten opheffen, niet als *beperkingen* maar als

¹⁾ Ook ten opzichte der z. g. vrijheidsrechten wordt de vraag behandeld. Men zie vooral Dr. OSCAR GLUTH, *Genehmigung und subjectives Recht*, in het *Archiv für öffentl. Recht*, III, pag. 569 v.

²⁾ Cf. V. IHERING, *Der Zweck im Recht*, pag. 506 v.

regelingen, organisatie van het recht zouden moeten worden beschouwd. Wetgeving noch litteratuur zijn het tot nu toe hierover eens geworden. ¹⁾ De oudere voorstelling vertoont evenwel eene niet te miskennen hardnekkigheid: waar noch in den *omvang* der beperking, — van eene geringe belemmering tot algeheele tenietdoening toe, — noch in den vorm, — als daad van wetgeving of van uitvoering, — noch in hare *werking*, — als alle rechthebbenden of slechts een enkelen eigenaar treffend, — noch in haar *karakter*, — als rechtshandeling of feitelijke inbreuk, — een grond wordt gevonden, in haar iets anders te zien dan eene *aanwijzing* van den op ieder oogenblik geldenden inhoud van het recht, of eene handeling dienovereenkomstig, daar dringt toch nog de

¹⁾ Men vergelijke vooral, behalve de verschillende definities van het eigendomsrecht, de omschrijvingen van de bevoegdheid van den administratieven rechter: nu eens wordt geëischt *onwettige inbreuk op rechten*, dan weer *iedere inbreuk op rechten* voldoende geacht. Men zie bijv. § 2 van de Oostenrijksche Wet van 22 Oct. 1875, art. 13 van de Würtemb. Wet van 16 Dec. 1876, waarin zoowel objectieve wetsschennis als subjectieve rechtskrenking wordt geëischt, en bijv. art. 3 lit. *b* van de Duitse Grondwet, art. 154 van het Ontwerp-Grondwet van de Staatsc. 1883 hier te lande, en art. 3 van het Ontwerp der Staatsc. 1891, waar subjectieve rechtskrenking wordt voldoende geacht; de Nieuwe Saksische wet van 1900 (§ 76) liet het subjectieve recht geheel varen. In de litteratuur worden gewoonlijk geoorloofde inbreuken op private rechten wel erkend, terwijl betreffende publieke rechten de meeningen zijn verdeeld. Men vergel. REHM in HIRTH's Annalen, III pag. 576, LÖNING Lehrb. des deutschen Verwaltungsrecht, pag. 12, RÖSLER in GRÜNHUT's Zeitschrift, IV, pag. 201 v., Mr. J. v. IDSINGA, De Adm. Rechtspraak en de Constit. Monarchie, pag. 19 v.; ROËLL en OPPENHEIM, Bijdrage tot regeling der Adm. Rechtspr., I, pag. 8 v.; KRABBE, Adm. Rechtspr., Bijdrage, pag. 52 v.

oude leer naar voren in de erkenning van een *staatsnoodrecht*, dat inbreuken op geldende rechten zou veroorloven.¹⁾

Eigenaardig is, dat civiel- en publiekrechtelijke litteratuur in dit opzicht langs elkander heengaan, zonder te bemerken, dat beide hetzelfde vraagstuk behandelen. Immers, de strijd over het *schuldelooze onrecht*, hierboven geschetst, is geen andere dan die over de *geoorloofde beperkingen* der subjectieve rechten, in het publieke recht gestreden. Dàar gelijk hier geldt het de vraag, of een recht slechts kan worden geschonden door schuldige overtreding van den rechtsplicht, of ook door handelingen, die niet in strijd met het objectieve recht kunnen worden geacht, wijl dat recht zelf ze uitdrukkelijk of stilzwijgend veroorlooft.

In het vierde hoofdstuk plaatste ik naast de *overtreding van den rechtsplicht de benadeeling van het rechtsgoed*.²⁾ Ook in dit verband meen ik, dat die onderscheiding moet worden gemaakt. Immers, de vraag, aan het begin van deze paragraaf gesteld, is eene louter terminologische, welker beantwoording

¹⁾ Zie bijv. Dr. J. BIERMAN, *Privatrecht und Polizei*, § 19. Ook bij OLIVIER, (*Proeve over de beperkingen van den eigendom door het Politierecht*), die zelfs in de onteigening geen ontneming van rechten ziet (pag. 13), en daarom schadeloosstelling alleen op billijkheidsgronden verdedigt, werkt de oude zuurdeesem na, als hij de beperking van den eigendom steunt op eene botsing van de uitoefening eener op de burgerlijke wet steunende bevoegdheid met de vervulling van de staatstaak door de Overheid (pag. 17). Cf. Prof. KRABBE in het *Rechtsgel. Mag.*, 1893, pag. 161 v.

²⁾ Deze term kan in het vermogensrecht het best worden omschreven als »het economisch correlaat der subjectieve rechten»; de hoegrootheid ervan wordt gemeten door de »waarde». In veel ruimeren zin BINDING, *die Normen*, (2^e druk) I, pag. 338 v.

geen enkele materieele conclusie rechtvaardigt. Het inzicht, dat alle rechtsregelen met elkander samenhangen, maakt het begrijpelijk, dat ter beschrijving van den inhoud eener samengestelde rechtsfiguur, gelijk het subjectieve recht, steeds min of meer willekeurig ergens eene grens moet worden getrokken, daar alleen de kennis van het geheele rechtssysteem tot de volledige kennis van de juridische beteekenis van een subjectief recht kan voeren. Naarmate men nu zijn aandacht vestigt alleen op die regelen, welke den hoofdinhoud van het recht weergeven, of tevens op de meer verwijderde regelen, welke wijzigingen van het recht mogelijk maken,¹⁾ zal minder of meer reeds in de definitie van het recht het moment der veranderlijkheid zijn opgenomen en zullen dus veranderingen meer of minder als *beperkingen* dan wel als *aanwijzingen* van den inhoud worden beschouwd. Of de z. g. beperkingen het gevolg zijn van bestaande regelen, welke ze bij het intreden van bepaalde omstandigheden voor-

¹⁾ Men kan in dit opzicht de volgende groepen onderscheiden:

1°. de regelen, die de den eigenaar toekomende bevoegdheden omschrijven;

2°. de regelen, die de daarmee corresponderende plichten van anderen bevatten;

3°. de regelen, die eerstgenoemde bevoegdheden verminderen, indien bepaalde omstandigheden aanwezig zijn;

4°. de regelen, die de in de tweede plaats genoemde plichten doen ophouden, indien bepaalde omstandigheden aanwezig zijn;

5°. de regelen, welke een juridisch „kunnen” toekennen tot het verminderen van de bevoegdheden sub 1°. of het opheffen van de plichten sub 2°. genoemd.

6°. de regelen, welke een juridisch „kunnen” toekennen tot het vaststellen der sub 1°. – 5°. genoemde regelen.

schrijven, dan wel het uitvloeisel van het juridisch »kunnen» der overheidsorganen, gericht, hetzij op het vaststellen van algemeene regelen, hetzij op het geven van bijzondere beslissingen of beschikkingen, is rehtens onverschillig: formeel is er geen enkel bezwaar, al die regelen reeds in de definitie der rechten te verwerken. De hoofdzaak is, dat men erkenne, dat een recht op ieder oogenblik zich niet verder uitstrekt, dan uit de objectieve rechtsregelen in verband met alle feitelijke omstandigheden voortvloeit, zoodat, hetzij men spreke van *beperking* of van *organisatie*, van *ontzetting* of van *niet-erkenning*, uit die *terminologie* geen enkele conclusie kan worden getrokken, speciaal niet wat betreft een recht op *schadevergoeding*. Geen uitzondering kan daarop worden toegelaten voor het z. g. staatsnoodrecht: de erkenning, dat de overheid in bijzondere omstandigheden bevoegd en verplicht is, van het gewone recht af te wijken, houdt de erkenning van een *rechtsregel* in, zoodat, wanneer van die bevoegdheid wordt gebruik gemaakt, het evenzeer eene vraag is van terminologie, of men wil spreken van inbreuk op bestaande rechten dan wel van aanwijzing van de grenzen daarvan. Niet in de oplossing der formeele questie, of er beperking is dan wel organisatie, maar in den materieelen grond van de inbreuk op een bestaand rechtsgoed, kan de beslissing gevonden worden, of, door wien, en aan wien vergoeding moet worden verleend.

Men onderscheide dus: schending van een rechtsplicht, die tot den inhoud van een subjectief recht behoort, — welke als zoodanig reeds vol-

doenden grond tot vergoeding oplevert ¹⁾, — en de geoorloofde inbreuken op een rechtsgoed, waarbij een andere grond moet aanwezig zijn, zal van vergoeding sprake kunnen wezen. Alleen daardoor zal het mogelijk zijn, met vermindering van terminologische quaesties, door te dringen tot de leidende gedachte of gedachten, in onze rechtsopvatting verborgen, aangaande de vraag, in hoe verre rechtmatig handelen kan verplichten tot vergoeding der daardoor veroorzaakte schade. Het publieke recht verzuime daarbij niet, kennis te nemen van hetgeen op privaatrechtelijk gebied in dat opzicht reeds is tot stand gebracht: de beginselen der »finaliteit», dat der »botsing van belangen», dat der »ausgleichende» of »vertheilende Gerechtigheid», dat van het »actieve belang», enz. ²⁾, zullen in het publieke recht even zeer hunne waarde blijken te bezitten als in het private recht, niet alleen betreffende de vraag of, maar ook door wien de vergoeding moet worden betaald ³⁾.

¹⁾ Men denke hier wel in de eerste plaats, maar niet uitsluitend aan een feitelijk handelen, dat schade veroorzaakt: zoowel in privaatrecht als in publiekrecht is het mogelijk, dat door eene rechtshandeling — het uitvloeisel van een juridisch kunnen — een rechtsplicht wordt overtreden, — zoo dikwijls namelijk de handeling rechtens wel *kan*, maar niet *mag* worden verricht. In het private recht noem ik als voorbeelden de rechtshandelingen van den schipper, waarbij deze zijne bevoegdheid te buiten gaat, de executie van een vonnis, dat later wordt vernietigd, e. d.; in het publieke recht het ten onrechte weigeren van eene vergunning tot bouwen; vergel. een desbetreffende procedure in het W. v. h. R. N^o. 7873.

²⁾ Zie boven pag. 160.

³⁾ Ook de vraag, op welk oogenblik het recht op vergoeding

§ 6.

In nauw verband met de duurzaamheid der subjectieve vermogensrechten staat hunne *zelfstandigheid* tegenover de objectieve regelen, welke hun ontstaan beheerschen; voor het voortbestaan dier rechten is het voortduren der genoemde regelen geen vereischte. Schijnbaar is hier strijd met de vooropgezette stelling, dat de inhoud der subjectieve rechten niet anders is dan een saamgevoegd geheel van die subjectieve rechtsvormen, welke alleen in eene bijzondere beschouwingswijze van het objectieve recht hunnen grond vinden: het heeft den schijn, alsof hier subjectief recht is zonder corresponderend objectief recht, en menigeen gaf daarom aan het subjectieve recht eene zelfstandige plaats naast of

intreedt, kan niet door het formeele criterium — beperking van het recht — worden beantwoord, daar het recht evenzeer kan geacht worden beperkt te zijn door den rechtsregel, welke de beperking inhoudt of toestaat, als door de beschikking der met de uitvoering belaste organen, waarbij de beperking voor een bepaald recht wordt uitgesproken. Het oogenblik, waarop de benadeeling van het rechtsgoed intreedt, is het beslissende; dit zal nu eens geschieden, wanneer de rechtsregel ontstaat, — die bijv. eene bestaande bevoegdheid ontnemt, — dan weer, als op grond van dien regel eene »Verfügung» wordt genomen, waarin de beperking wordt gespecialiseerd, — terwijl ook eindelijk somtijds pas het handelend optreden der overheid als zoodanig zal kunnen gelden, indien de regel, welke de bevoegdheid daartoe schenkt, te abstract van inhoud is, om als zoodanig reeds het rechtsgoed te deprecieeren. Er bestaat dan ook geen grond met BIJMAN (l. c. pag. 199) aan te nemen, dat het recht op vergoeding »rechtlich gegründet» zou worden door de »Polizeiverordnung», maar meestal »feitelijk» zou verbonden zijn aan de »Polizeiverfügung».

zelfs vóór het objectieve, wijl op ieder oogenblik de bestaande rechtsstof zonder erkenning dier beide bestanddeelen niet voor beheersching vatbaar scheen ¹⁾. Deze voorstelling, welke in de rechtsopvatting een dualisme teweegbrengt, dat men dan weder door speculatie tracht op te lossen, berust op miskenning van de beteekenis der *wetswijziging*.

De wettelijke regelen, die het ontstaan der subjectieve rechten beheerschen, hebben eene dubbele beteekenis: eensdeels bepalen zij op ieder oogenblik de rechtskundige beteekenis van gebeurtenissen in het verleden gelegen, anderdeels stellen zij de rechtskundige beteekenis vast voor toekomstige gebeurtenissen. Wanneer die regelen worden afgeschaft, wil dit alleen zeggen, dat het tweede deel hunner werking ophoudt, terwijl zij betreffende het eerste deel blijven voortbestaan: de rechtsovertuiging betreffende toekomstige gebeurtenissen is gewijzigd, niet die betreffende het verleden. Niet alleen dus de subjectieve rechten, onder vroegere wetgevingen geboren, blijven onder latere wetgevingen bestaan, maar ook die vroegere wetgevingen zelve. Men heeft het objectieve recht niet te beschouwen als eene kracht, die haar *resultaat* teweegbrengt in den vorm der subjectieve rechten, en daarmede tot het verleden behoort, — dan zou de rechter bij de beslissing over subjectieve rechten zelfs geen enkelen

¹⁾ Zie bijv. F. v. MARTITZ in het Zeitschr. für die gesammte Staatswissenschaft, 1876 pag. 571. »Die gesammte Rechtsordnung eines zum Staate organisirten Volkes kann man in zwei grosse Partieën zerlegen: Die bestehenden Gesetze der Gesamtheit und die bestehenden Rechte der Individuen».

nog geldenden objectieven regel kunnen toepassen of schenden, — maar als eene kracht, die zelve in de subjectieve rechten in bepaalden vorm te voorschijn treedt, zoodat haar einde dat der subjectieve rechten tevens zoude beduiden. Het subjectieve recht is mitsdien noch onafhankelijk van het objectieve recht, noch wordt het beheerscht door niet meer geldende rechtsovertuigingen, maar het getuigt van het feit, dat steeds tal van objectieve ordeningen naast elkander bestaan, die ieder een temporeel verschillend gebied van gebeurtenissen en toestanden beheerschen ¹⁾. De zelfstandigheid der subjectieve rechten ten opzichte der regelen, die hun ontstaan beheerschen, betreft dus niet de oude regelen, waaronder ze zijn ontstaan, maar den rechtstoestand, die voor deze regelen is in de plaats getreden.

De besproken zelfstandigheid der subjectieve rechten tegenover eene veranderende wetgeving moet niet worden verward met zelfstandigheid tegenover den wetgever, tegenover de juridische macht van de organen met wetgeving belast. In de litteratuur

¹⁾ Slechts door erkenning dezer waarheid is eene juiste behandeling van het z. g. transitoire of intertemporeele recht mogelijk, welke door de leer der z. g. *verkrege rechten* werd belemmerd. Door steeds de subjectieve rechten te plaatsen tegenover het objectieve recht, kwam men ertoe, een deel van het transitoire recht, namelijk datgene, hetwelk handhaving eischt van objectieve bepalingen, die nog niet tot een subjectief recht hadden gevoerd, te verwaarloozen, of wel men ging, om ook aan deze bepalingen eene plaats te geven, het subjectieve recht verwringen, tot er ook de z. g. »Anwartschaftsrechte» onder werden gebracht. Vergelijk over dit alles het uitvoerige werk van Dr. FR. AFFOLTER: *Geschichte des intertemporalen Privatrechts*, 1902, vooral pag. 572 v.

worden deze beide gedachten gewoonlijk als gelijk-beteekenend beschouwd, waarin mede de oorzaak ligt van den hopeloozen strijd, die sinds eeuwen over het al- of niet-bestaan en de juiste beteekenis der z. g. »verkregen rechten» is gevoerd. Men heeft te onderscheiden tusschen de door mij bedoelde zelfstandigheid der subjectieve rechten, welke een uitvloeisel is der bestaande wetgeving, en de zelfstandigheid dier rechten, als postulaat aan den wetgever gesteld. De eerste is een juridiek verschijnsel, waarvan de formeele rechtsleer de formeele ken-teekenen heeft op te sporen, de tweede duidt heen op een historisch, filosofisch en politisch vraagstuk, waarvan de rechtsphilosophie de oplossing heeft te geven. De vraag, hoe in 't algemeen de grens is te vinden tusschen het temporeele gebied van opvolgende wetgevingen ¹⁾, is eene geheel andere dan die, in hoe verre en waarom de rechtscheppende organen bestaande wettelijke verhoudingen hebben te eerbiedigen. Het eerste onderzoek leidt tot het vaststellen van regelen, gebaseerd op de verschillende natuur der rechtsregelen en der rechtsfeiten, van belang, zoowel voor den rechter als den wetgever, — voor den laatste evenwel slechts als voorwerk voor de vervulling van zijne taak : zij leeren hem, hoe hij zijne wetten heeft in te richten, indien hij ten opzichte van den bestaanden rechtstoestand een bepaald doel wil bereiken; over het geoorloofde

¹⁾ De toepassing van de aldus gevonden regelen op eene bepaalde wetgeving geeft dan het transitoire recht, in ieder land geldend.

van dit doel moet hem het tweede onderzoek het noodige licht verschaffen.¹⁾ Onjuist is het daarom de op grond van het eerst genoemde onderzoek gevonden regelen tot even zoovele postulaten aan den wetgever te verheffen. Geenszins alleen het beroep op de z. g. formeele almacht van den wetgever staat daaraan in den weg: de historie leert, hoe talrijke innerlijk gerechtvaardigde uitzonderingen op die regelen behooren te worden erkend, — zoo talrijk, dat het beter is, die regelen te laten waar zij behooren, — in de formeele rechtsleer, — en aan de rechtsphilosophie over te laten, de beginselen op te sporen, die den wetgever bij de verdere ontwikkeling van het recht hebben te leiden, welke beginselen zullen blijken in het eene deel van het recht, bijv. het private recht, geheel verschillend te zijn van die in een ander deel, bijv. het strafrecht. Slechts in die landen, waar de grondwet bepalingen van intertemporeel recht bevat, kan in formeelen zin van een intertemporeel recht, voor den wetgever bindend, worden gesproken. Toch zijn ook daar die bepalingen gewoonlijk zoo vaag van inhoud, dat de formeele rechtsleer niet in staat is, ze tot een systeem van positieve regelen te verwerken:

¹⁾ Bijv. eene nieuwe wet stelt andere voorwaarden voor het vervaardigen van een testament dan de oude wet; nu gaat de wetgever bij de wetenschap van het transitoire recht te rade, welken invloed deze verandering heeft — zoo de wetgever dienaangaande niets uitdrukkelijk bepaalt, — op de reeds bestaande al- of niet open gevallen testamenten: of deze rechtsgeldig zullen blijven of niet. In hoeverre de wetgever evenwel bevoegd is, zijne nieuwe bepalingen op de bestaande testamenten toe te passen, leert het transitoire recht niet.

slechts de wetgever, en c. q. de rechter, kunnen, onder voorlichting der rechtsphilosophie, de in de grondwet neergelegde *leidende gedachte* in positieve regelen formuleeren. ¹⁾

§ 7.

Eene laatste eigenschap, waardoor de vermogens-rechten zich als zelfstandige rechtsvormen van hunne omgeving afscheiden, is de *overdraagbaarheid* en

¹⁾ Als een treffend bewijs van de in den tekst geconstateerde verwarring kan de laatste verhandeling over het transitoire recht dienen, die van Prof. Dr. F. AFFOLTER in GRÜNHUTS's Zeitschrift 1903 pag. 125 v. Als hoofdregel van het »intertemporale» recht (het woord is van AFFOLTER) wordt gesteld: »Thatbestände und Rechtsverhältnisse, die von einer bestimmten Rechtsordnung ergriffen wurden, sind nach deren Vorschriften zu beurtheilen» (p. 134). De hoofdregel — die door de combinatie der termen »Thatbestände» en »Rechtsverhältnisse» en door het woord »ergriffen» aan duidelijkheid nog al wat te wenschen overlaat, — wordt door AFFOLTER ook bindend geacht voor den wetgever (p. 128). Op dezen hoofdregel nu acht AFFOLTER uitzonderingen toegelaten (p. 135) en zoowel op grond eener »Umwälzung des Rechtsgefühles» in den wetgever als van »Vernunfts- oder Zweckmässigkeitsgründen» (p. 136). Daar nu de hoofdregel ook wel eene uiting van het rechtsgevoel zal wezen en de »Vernunfts-» of »Zweckmassigkeitsgründe» toch wel aan het rechtsgevoel ondergeschikt zullen blijven, leeren wij dus aangaande de houding, welke de wetgever tegenover bestaande rechtsverhoudingen heeft aan te nemen, dat hij zich daarbij op zijn »rechtsgevoel» heeft te verlaten. Eene conclusie, die niet zeer verrassend mag heeten, en den wetgever al heel weinig steun geeft! Curieus evenwel is, dat AFFOLTER zijn hoofdregel onder de positieve rechtswetenschap brengt, en de vaststelling van de uitzonderingen overlaat aan eene nieuwe wetenschap, de »Politik der intertemporalen und internationalen Gesetzgebung», die den wetgever de lege ferenda heeft voor te lichten.

vererfelijkheid: de zelfstandigheid tegenover veranderende subjecten. Nergens meer dan hier doet zich de moeielijkheid van het identiteitsvraagstuk gevoelen. Dringt zich eenerzijds de beschouwing op, dat een recht, — als een toestand, waarin een bepaalde persoon zich bevindt, — niet voor verandering van subject vatbaar is, zonder tevens op te houden hetzelfde recht te zijn, andererseits is de voorstelling van den overgang van rechten op andere personen ons zóó gewoon, dat we moeilijk ervan afstand kunnen doen. De onderscheiding tusschen het *recht*, dat steeds zou worden vernieuwd, en de *rechtsstof*, welke van den een op den ander zou overgaan, zooals die bijv. door NEUNER ¹⁾ en anderen wordt gemaakt, draagt tot verduidelijking der voorstelling weinig bij: immers, met die *rechtsstof* is niet bedoeld de lichamelijke zaak, waaraan we nu eenmaal gewoon zijn een objectief bestaan zonder betrekking tot den mensch toe te kennen, — want bij tal van rechten is zulk eene zaak niet aan te wijzen, — maar het feitelijk of economisch resultaat, dat het subjectieve recht in eene regelmatige orde van zaken medebrengt. Welnu, dit resultaat, de *macht*, het *genot*, de *waarde*, welke uit het subjectieve recht voor den mensch voortspruit, is ook niet anders dan de uitdrukking eener *verhouding* van mensch tot mensch, of van mensch tot redelooze wereld, die, evenals het recht zelf, met de verandering van subject eene andere wordt.

De rechtswetenschap zij met betrekking tot dit vraagstuk niet moeilijker dan andere wetenschappen:

¹⁾ l. c., § 15.

de algemeene logica erkent het bestaan eener objectieve wereld, zelfstandig tegenover den waarnemenden mensch, hoewel een object zonder subject buiten het gebied van ons denkvermogen valt; de economie opereert met het begrip der *waarde*, als een van individueele appreciatie onafhankelijken factor, hoewel tevens erkennend, dat die individueele appreciatie hare basis vormt; welnu, ook de rechtswetenschap beschouwe het subjectieve recht als zelfstandigen rechtsvorm, welks rechtelijke beteekenis dezelfde blijft bij verschillende subjecten, — ook al moet tevens worden erkend, dat die rechtelijke beteekenis alleen in den toestand van een bepaald subject zuiver hare uitdrukking vindt. Te meer kan met gerustheid die voorstelling worden aanvaard, omdat hare bestrijders tot nu toe in gebreke zijn gebleven aan te toonen, dat zij rechtskundig tot eenige verkeerde conclusie voert, integendeel erkennen, dat ten opzichte van den rechtsopvolger rechtens alles waar is, wat ten opzichte van den rechtsvoorganger heeft gegolden. Geenszins is het noodig met WINDSCHEID ¹⁾ en anderen de *subjectlooze* rechten te hulp te roepen: al wordt de identiteit van het recht losgemaakt van zijn oogenblikkelijk subject, daarmede is nog geenszins toegegeven, dat een subject niet een noodzakelijk element in de voorstelling moet blijven.

De overdraagbaarheid en vererfelijkheid komt niet bij alle subjectieve vermogensrechten voor; zoowel naar den aard van het recht als ten gevolge

¹⁾ l. c., I § 64, n. 6.

van voorbijgaande omstandigheden kunnen deze eigenschappen blijvend of tijdelijk ontbreken. De geschiedenis van het oude obligatierecht is bovendien daar ten bewijze, dat onze voorstelling van het subjectieve recht deze eigenschappen niet noodwendig inhoudt. Wèl kunnen zij als de normale worden beschouwd. Eigenaardig is het daarom, dat vele, vooral publiekrechtelijke schrijvers, juist in deze eigenschappen de juridische beteekenis van het subjectieve rechtsbegrip zoeken, en daaraan het bestaan van subjectieve rechten buiten het vermogensrecht toetsen ¹⁾.

Waar de overdraagbaarheid als gewone eigenschap der subjectieve vermogensrechten niet wordt ontkend, rijst nog de vraag, of de juridische macht tot overdracht, welke daaruit voor den rechthebbende voortvloeit, tot den inhoud van het recht moet worden gerekend. Tegen de gewone opvatting in heeft THON met kracht de ontkennende beantwoording dezer vraag verdedigd ²⁾. Volgens THON behoort de vervreemdingsbevoegdheid niet tot den inhoud van het recht, maar vormt ze een afzonderlijk zelfstandig recht van bijzonderen aard daarnevens; het recht als object der vervreemding kan niet tevens de bron zijn der vervreemdingsbevoegdheid, evenmin als de steen, die geworpen wordt, de kracht tot het werpen verleent; ware het anders, de vervreemding zou zijn eene daad van rechtsuitoefening, waardoor de verjaring zou worden gestuit; de res

¹⁾ Zie bijv. LABAND, Staatsrecht, (4^e druk), I, pag. 307 v., O. MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht I, pag. 115 en 118.

²⁾ l. c., pag. 326 v.

nullius zou als de bron van het occupatierecht moeten worden beschouwd. Hoe verklaart men voorts, vraagt THON, dat het recht kan voortbestaan, terwijl de vervreemdingsbevoegdheid ontbreekt, — zooals bij den verkwister, — en dat de vervreemdingsbevoegdheid kan bestaan, zonder dat het recht aanwezig is, — zooals bij den Romeinschen Keizer.

De litteratuur heeft zich door THON's argumenten niet laten overtuigen. En terecht, THON verwacht de algemeene handelingsbevoegdheid met het vermogen, over een bepaald recht te beschikken: het eerste steunt niet op het bezit van bijzondere rechten, het is een algemeen rechtelijk »kunnen», dat ieder, die aan zekere eischen voldoet, aan de rechtsorde ontleent; het laatste onderstelt noodzakelijk het eerste, het is de algemeene handelingsbevoegdheid, welke krachtens het bezit van het subjectieve recht een bepaalden concreten inhoud verkrijgt. De macht over den steen sluit voor iemand, die werpen kan, het vermogen tot het werpen van *dien* steen in zich. Dat de vervreemding als daad van uitoefening van het recht zou moeten worden beschouwd, kan geen bezwaar zijn, mits men slechts indachtig zij, dat tweeërlei inhoud van het recht ook tot tweeërlei uitoefening leidt: het juridisch »kunnen», waaruit niet alleen de bevoegdheid tot vervreemding, maar o. a. ook die tot het vestigen van zakelijke rechten volgt, en het juridisch »mogen», waarvan alle feitelijk handelen het uitvloeisel is. Dat de vervreemdingsbevoegdheid tijdelijk kan ontbreken, is zeker: de oorzaak daarvan kan liggen in het ontbreken van, of de be-

perking in de handelingsbevoegdheid van den recht-hebbende, — dan zal de rechtsorde zorgen, dat die bevoegdheid worde aangevuld, — of in den aard van het recht, en dan verschijnt ons het recht ook wel degelijk als een *beperkt* recht ¹⁾. Dat eindelijk de vervreemdingsbevoegdheid kan bestaan, zonder, dat het recht aanwezig is, bewijst nog niet, dat die bevoegdheid niet tevens in het recht ligt opgesloten; men vergete bovendien niet, dat de vervreemdingsbevoegdheid van den rechthebbende een »kunnen» en een »mogen» beide omvat, terwijl de abnormale bepaling ten gunste van den Romeinschen Keizer dezen slechts een »kunnen» verleende, welks gebruikmaking tot schadevergoeding verplichtte.

§ 8.

De besproken kenmerken zullen hen weinig bevredigen, die naar scherpe begripsomlijning zoeken; geen, dat niet op flauwe grenzen heenwijst. Is niet het weinig standvastige in het spraakgebruik een bewijs, dat scherpere begrenzing niet is te geven, tenzij men voor het natuurlijk product van het rechtsleven eene kunstmatig gevormde rechtsfiguur in de plaats stelle? — Zeker is, dat de vele definities, die eene scherpere bepaling ontleenen aan den neerslag van het subjectieve recht in economisch of feitelijk machtsgebied, de juridische onbestemdheid van haren inhoud slechts *verbergen*, en dan ook niet in staat zijn gebleken,

¹⁾ Men denke aan den *fundus dotalis*.

een der talrijke twistpunten op te lossen, welke omtrent de juridische inhoud en beteekenis van het subjectieve recht worden opgeworpen. Blijken vele dier twistpunten slechts vragen van terminologischen aard te betreffen, juist de juridische beschouwing van het subjectieve recht doet ze als zoodanig verschijnen, en behoedt voor de fout, dat de vormenleer van het recht haar doel voorbijstreeft, door in plaats van zich te beperken tot het leveren van het voorwerk voor den wetgevenden arbeid, tevens de motieven te willen verschaffen, volgens welke het recht behoort te worden voortgebouwd.

Die juridische beschouwing van het subjectieve vermogensrecht wijst ook den weg voor het onderzoek, in hoeverre buiten het private vermogensrecht van subjectieve rechten kan worden gesproken. De tegenstelling tusschen objectief en subjectief recht, zooals die daar gewoonlijk wordt gemaakt, alsof het eerste het laatste zou uitsluiten, is onhoudbaar, wijl iedere objectieve regel in subjectieven vorm kan worden weergegeven en omgekeerd. Dat er dus subjectieve rechtsvormen buiten het vermogensrecht zijn, staat vast. Dat ze zich daarbuiten niet zoo scherp accentueeren als in het vermogensrecht, blijkt uit den hardnekkigen strijd, om het publieke subjectieve recht gevoerd. Die strijd is ten deele een van positiefrechtelijken aard, ten deele een van algemeen wetenschappelijk karakter. Het eerste is het geval, zoo dikwijls de wetgeving zelve het bestaan van een subjectief recht als voorwaarde voor een of ander rechtsmiddel noemt. Bij de beslissingen, of in een gegeven geval de voorwaarde was vervuld, heeft

de praktijk nooit steun gevonden in de wetenschappelijke definities van het subjectieve recht; ze heeft er zich zelve ook geen gevormd, maar ze is steeds te rade gegaan met hetgeen zij volgens de gewone regelen van wetsuitlegging kon opsporen aangaande de bedoeling van den wetgever, in het gegeven geval al dan niet een rechtsmiddel toe te kennen.¹⁾ In diezelfde richting bewoog zich nog te weinig het wetenschappelijk onderzoek: in den twist over het *woord* ging het onderzoek naar den inhoud verloren.

¹⁾ Cf. M. SEYDEL in Hirth's Annalen, 1885 pag. 237, alsook het Rapport der Staatscommissie voor de adm. rechtspraak § 7; Bijdrage van ROËLL en OPPENHEIM, I, pag. 43 v., II, pag. 3 v. De oplossing, door Prof. KRABBE. (Bijdrage pag. 17 v.) gegeven, dat krenking van belangen door niet-naleving van administratieve rechtsnormen de grond der publieke actie zou moeten zijn, verbergt slechts de moeilijkheid, daar de vraag, *wie rechte als orgaan van het belang moet worden beschouwd*, in de meeste gevallen evenmin eene uitdrukkelijke beantwoording vindt in de positieve wet, en het onderzoek, of de wet in een gegeven geval een bepaald persoon als orgaan van een geschonden belang heeft *bedoeld*, juist hetzelfde is als dat, of de wetgever in dat geval een rechtsmiddel heeft bedoeld toe te kennen. Hiermede is niet aan Mr. IDSINGA toegegeven, dat het stellen van den eisch, dat een »recht» moet zijn geschonden, wil de administratieve rechter bevoegd wezen, gelijk zou staan met het »spannen van het paard achter den wagen», omdat slechts de rechter a posteriori zou kunnen beslissen, of aan dezen eisch is voldaan. De rechter zou in dat geval eerst moeten beslissen, of de *gestelde feiten* inbreuk op een subjectief recht vormen, daarmede ware dan zijne competentie vastgesteld; daarna zou de beslissing volgen, of de feiten bewezen zijn, en zoo ja, welke rechtsgevolgen eruit voortvloeien. De voorwaarde, welke mitsdien wordt gesteld, is niet, dat *beweerd* worde, dat een »recht» is gebruikt, maar, dat feiten worden gesteld, welke rechtskrenking inhouden. (l. c. pag. 21 v.)

De omschrijving, welke V. IDSINGA van de taak des admini-

Het eerst onder allen was het JELLINEK, die de goede richting volgde: de reconstructie van het publieke recht naar zijne subjectieve vormen. Naast de verklaring der rechtsregelen en hunne ordening, als een doordringen van het bijzondere tot het algemeene, dient de wetenschap van het publieke recht eene plaats in te ruimen aan het onderzoek naar den inhoud zijner subjectieve rechtsvormen, welk onderzoek als eene analyse van het bijzondere, — zoo noodig als eene herleiding van het algemeene tot het bijzondere, — behoort te geschieden. Eerst dan, als de juridische inhoud der z. g. vrijheidsrechten, van het kiesrecht, de rechten der ambtenaren krachtens en op hun ambt, de rechten der overheidsorganen en die van de individueele dragers daarvan, enz., als zoovele samengestelde subjectieve rechtsvormen, is vastgesteld, kan in eene vergelijking worden getreden met de private vermogensrechten, ter beslissing van de vraag, of ze denzelfden naam als deze verdienen. Meer echter dan voor deze vraag naar den naam zal dit onderzoek van beteekenis zijn als voorarbeid voor den wetgever, die hem in staat stelt, met vollediger kennis van het bestaande recht, dan de ordening der objectieve regelen hem geeft, de subjectieve rechtsvormen aan te vullen met hetgeen de rechtsidee vordert.

stratieven rechters geeft, — de uitspraak omtrent het bestaan en den inhoud eener vermeende concrete rechtsverplichting, — geeft dezelfde moeilijkheid als alle andere omschrijvingen, daar ook weer meestal uit de *bedoeling* van den wetgever zal moeten worden afgeleid, »wien is toegelaten, de vervulling dier verplichting door dwang te verkrijgen», d. w. z., wien de actie toekomt. Zie l. c., p. 131 v. en vooral de noot op pag. 174.

S T E L L I N G E N .

STELLINGEN.

I.

Onze Grondwet kent geen onderscheiding der twistgedingen naar den aard der rechtsverhoudingen, waaruit ze voortspruiten.

II.

De z. g. »Schraken-theorie» en »legitimitéitsleer» zijn zonder beteekenis voor de staatkundige verhouding van Kroon tot Vertegenwoordiging.

III.

Den regel, dat de Kroon behoort te handelen naar de inzichten der Volksvertegenwoordiging, desnoods na ontbinding, kent ons staatsrecht niet.

IV.

Openbare godsdienstoefening buiten gebouwen en besloten plaatsen is geoorloofd in alle gemeenten, die in 1848 tot de plattelandsgemeenten behoorden, en in de overige, wanneer er in 1848 slechts kerken waren van één genootschap.

V.

Principieele onderscheiding tusschen *onteigening* en *beperking* van rechten, is alleen mogelijk, indien 1^o. de identiteit van het recht bij rechtsovergang wordt erkend, 2^o. blijvende overgang van uitsluitende bevoegdheden van den rechthebbende op een ander subject niet onder *beperking* wordt begrepen.

VI.

Onteigening van publiek domein laat naar Nederlandsch recht den publieken last voortbestaan, onverschillig aan wien het onteigende behoort. De leemte, welke dientengevolge in onze wetgeving bestaat, behoort te worden aangevuld in den geest der z. g. belemmeringswet.

VII.

De stelling, dat alleen positief recht — recht is, bevat eene nietszeggende tautologie.

VIII.

Noch theoretisch, noch geschiedkundig is een begrip »volksvertegenwoordiging» te construeeren, dat iets leert omtrent de wijze van samenstelling der z. g. vertegenwoordigende lichamen.

IX.

Het internationale recht kan niet worden gegrond op vrijmachtige wilsverklaring der Staten.

X.

Onderwerpingsverdragen zijn volkenrechtelijk bestaanbaar; zij zijn bronnen zoowel van volkenrecht als van nationaal recht.

XI.

Een vreemde Staat bezit voor de verkrijging en uitoefening der private rechten in andere Staten ipso jure rechtspersoonlijkheid. Hetzelfde geldt voor den Paus als zoodanig.

XII.

De theorieën, die in de natuurwetenschappen onder den algemeenen term »Darwinisme» worden verkondigd, zijn voor de sociale wetenschappen zonder belang.

XIII

Voor een zelfstandig leerstuk van de verdeeling der goederen is in de praktische Staathuishoudkunde geen plaats.

XIV.

De rente-theorie van V. BÖHM-BAWERK miskent de beteekenis der rechtsorde en der maatschappelijke machtsverhoudingen op de verdeeling der goederen.

XV.

Belastingpolitiek en sociale politiek behooren zooveel mogelijk gescheiden te blijven; nimmer worde de eerste ondergeschikt aan de tweede.

XVI.

De tegenstelling tusschen »self help» en overheidstusschenkomst tot verbetering van de positie der arbeiders, verliest steeds meer hare sociaal-politische beteekenis.

Excl
8/3/21



